Lehrbuch

des

Pandektenrechts.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,
ordentlichem Professor des römischen Civilrechts an der Universität
zu München.

Erster Band.

Dritte Auflage.

Düsseldorf,
Verlagshandlung von Julius Buddeus.
1870.

Carl Georg von Wächter

in Verehrung

und in Dankbarkeit für vielfache Förderung und Belehrung

zugeeignet.

Vorrede zur ersten Auflage.

Den ersten Anstoß zur Ausarbeitung des Lehrbuchs, von welchem hier der erste Band erscheint, hat das Bedürfniß meiner Vorlesungen gegeben. Unter der Arbeit aber hat sich mir der Plan erweitert. Mein Ausgangspunkt zwar ist überall die Einführung und Anleitung des Lernenden, des mit dem Stoffe noch nicht Vertrauten, geblieben, und ich habe zur Erreichung dieses Zweckes selbst Umständlichkeit und Breite weniger gescheut, als schwer verständliche Kürze. Zugleich aber habe ich es versucht, demjenigen, welcher zu praktischen oder theoretischen Zwecken eingehendere Untersuchungen zu machen veranlaßt ist, das Material mit einer gewissen Vollständigkeit zu überliefern, bald in ausgeführterer Darstellung, bald nur in Fingerzeigen. So mag dieses Buch vielleicht hoffen dürfen, auch neben den jetzt gewöhnlich gebrauchten trefflichen Lehrbüchern von Puchta und Arndts sich hier und da einen Freund zu erwerben.

Man hat sich in der neueren Zeit mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß ein Pandektenlehrbuch es unternehme, der doppelten Aufgabe gerecht zu werden, welche im Vorstehenden bezeichnet ist. Ich habe mich nicht davon überzeugen können, daß die Lösung der einen durch die Verfolgung der anderen beeinträchtigt werde; freilich muß ich gewärtig sein, daß der Erfolg mich des Irrthums überführe.

Durch den zweiten der bezeichneten Gesichtspunkte war auch die Ausführlichkeit geboten, mit welcher hier auf die Literatur Rücksicht genommen ist. Doch machte die Massenhaftigkeit derselben eine Beschränkung unumgänglich nöthig. Demzufolge habe

ich die ältere Literatur principiell ausgeschlossen; ich meine näher: die Literatur vor Glück, über welche sich in dem Buche von Glück selbst Nachweisungen finden, die jedenfalls für den ersten Anlauf genügen. Auch die spätere Literatur ist nicht mit unbedingter Vollständigkeit citirt, was gleichfalls unausführbar gewesen wäre; doch war mein Bestreben darauf gerichtet, einmal nichts Wesentliches zu übergehen, und sodann, in dem Genannten die Mittel zur Auffindung des nicht Genannten zu gewähren.

Selbständigkeit der Arbeit wird man hoffentlich nirgends vermissen. Von der anderen Seite habe ich das eitle Streben fern von mir zu halten gesucht, Alles anders sagen zu wollen, als meine Vorgänger es gesagt haben. Die Pflicht des Verfassers eines Lehrbuches ist, das Ueberlieferte zu prüfen, aber eben so sehr, das nach seiner Ueberzeugung Gute festzuhalten.

Im Uebrigen habe ich mich bemüht, möglichst deutsch zu reden, im Ausdruck wie in der Sache. Was den Ausdruck angeht, so bin ich nicht der Ansicht derjenigen, welche in der Festhaltung der römischen Terminologie auch für das heutige Recht kein Uebel, oder wohl gar einen Vorzug sehen. Ich meine, daß zu einer wahrhaften Verdeutschung des römischen Rechts auch das gehöre, daß ihm, soweit dieß ohne pedantischen Purismus möglich ist, das deutsche Wort geliehen werde. Jedenfalls sollen unsere Gesetzbücher deutsch reden, und wir werden nie vergessen dürfen, daß auf die Abfassung derselben die Lehrbücher zu allen Zeiten einen nicht unbedeutenden, mittelbaren oder unmittelbaren, Einfluß ausüben werden. Auch was die Sache angeht, ist überall mein Bestreben darauf gerichtet gewesen, die Rechtssätze, welche ich vorgetragen habe, ihrer specifisch römischen Erscheinungsform zu entkleiden, und ihren auch für uns noch lebendigen Kern herauszukehren. Von der andern Seite werde ich keinen Tadel deßwegen zu befahren haben, daß ich die römischen Rechtssätze, auch wo sie uns fremd anmuthen, als geltende vorgetragen habe, wenn ich einen besonderen Grund ihrer Nichtgeltung nicht nachweisen konnte. So lange das römische Recht in Deutschland gesetzliche Geltung hat, muß meiner Ansicht nach an diesem Principe festgehalten werden, wenn nicht eine unerträgliche Verwirrung entstehen soll. Freilich ist nichts so sehr, als die Durcharbeitung des recipirten fremden Rechts im Ganzen, geeignet, den Wunsch

und die Sehnsucht zu erwecken und zu steigern, daß es uns endlich einmal beschieden sein möge, von so manchem innerlich abgestorbenen Rechtssatz in rascherer und sichererer Weise befreit zu werden, als dieß auf dem Wege eines Gewohnheitsrechts möglich ist, welches sich doch hauptsächlich auf die Wege der Praxis angewiesen sieht, dieser so viel genannten, und doch, wie oft! unauffindbaren Praxis!

Und so möge denn dieses Buch hinausgehen und versuchen, ob es etwas zu nützen im Stande ist. In Betreff des Zeitpunktes seiner Vollendung will ich lieber ein Versprechen nicht geben; nur das darf ich sagen, daß der Fortführung desselben alle Zeit und alle Kraft gewidmet sein werden, welche meine Vorlesungen mir übrig lassen.

Tegernsee, den 3. September 1862.

Vorrede zur zweiten Auflage.

Nachdem der zweite Band dieses Lehrbuchs, das Obligationenrecht und das Familienrecht enthaltend, in den Jahren 1865 und 1866 erschienen ist, sehe ich mich jetzt genöthigt, ehe ich an die Ausarbeitung des dritten gehen kann, eine neue Auflage der beiden ersten Bände zu besorgen, von welcher ich hiermit dem Publikum den ersten übergebe. Diese neue Auflage ist keine umgearbeitete, aber ich darf sie wohl eine verbesserte nennen, — wenigstens habe ich mich nach Kräften bemüht, sie zu verbessern, sowohl was den Ausdruck als was die Sache angeht. Daß die neu erschienene Literatur überall eingehend berücksichtigt worden ist, versteht sich von selbst. Die Citate, sowohl Quellen- als Literaturcitate, sind sämmtlich einer Revision unterworfen worden; für die Mittheilung etwa doch stehen gebliebener Irrthümer würde ich äußerst dankbar sein.

Die Besorgung des ersten Bandes dieser neuen Auflage hat mich bei angestrengter Arbeit ein ganzes Jahr in Anspruch ge-

nommen; ich darf nicht hoffen, daß der zweite Band in geringerer Zeit wird vollendet werden können. So ist es mir unmöglich, das Erscheinen des dritten Bandes für eine frühere Zeit, als für das Jahr 1869 in Aussicht zu stellen.

Den Dank aber für die günstige Aufnahme, welche meine Arbeit gefunden hat, werde ich dadurch abzutragen suchen, daß ich der Fortführung und Verbesserung derselben nach wie vor alle Kräfte widme, welche ich nicht meinen Vorlesungen und anderen Amtsgeschäften schuldig bin.

München, den 20. September 1867.

Vorrede zur dritten Auflage.

Auch diese Auflage ist nöthig geworden, ehe das ganze Werk vollendet werden konnte. In Folge davon habe ich mich im Wesentlichen auf einen Abdruck der vorigen Auflage beschränken müssen. Abgesehen von einigen unbedeutenden Verbesserungen des Ausdruckes und von Berichtigungen irriger Citate unterscheidet sich die gegenwärtige Auflage von der vorigen nur durch eine Reihe von Zusätzen, in welchen die neuere Literatur nachgetragen ist. Diese Zusätze sind als solche auch äußerlich (durch Klammerzeichen) kenntlich gemacht worden. Wenn man in denselben ein verschiedenes Maß des Eingehens auf das Einzelne bemerken wird, so bitte ich hieraus nicht auf den Grad der Bedeutung, welchen ich den citirten literarischen Erzeugnissen beilege, schließen, sondern den Grund lediglich in der Beschränktheit der mir zu Gebote stehenden Muße sehen zu wollen.

München, den 17. Mai 1870.

Bernhard Windscheid.

Inhaltsverzeichniß.

Zweites Buch.

Von den Rechten überhaupt

Drittes Buch.

Das Sachenrecht.

Abkürzungen.

Die Lehr- und Handbücher von Seuffert, Puchta, Vangerow, Kierulff, Savigny, Sintenis, Arndts, Brinz, Keller, Böcking, Wächter, Unger (S. 30—32) sind (regelmäßig) bloß mit dem Namen ihrer Verfasser citirt.

Die Abkürzung: HGB. bezeichnet das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, die Abkürzung: WO. die allgemeine deutsche Wechselordnung.

Druckfehler.

Seite 265 Zeile 14 v. o. l. der st. die.
„ 277 „ 5 v. o. l. der st. des.
„ „ „ 12 v. u. l. ziehen st. diehen.
„ 317 „ 16 v. u. l. iudicium st. iudicum.
„ 326 „ 17 v. u. l. Stärkeren st. Stäkeren.
„ 330 „ 14 v. u. l. iudicium st. iudicum.
„ 377 „ 2 v. u. l. Hier st. Hird.
„ 467 „ 12 v. o. l. ihr st. ihre.
„ 477 „ 2 v. u. l. Gegenstand nur st. Gestnd nurrege.
„ „ „ 16 v. u. l. Subjecte st. Subject.
„ 689 „ 12 v. v. l. gestorum st. gestorium.
„ „ „ 17 v. u. l. derselben st. derseben.

Einleitung.

I. Begriff des Pandektenrechts.

§. 1.

Unter Pandektenrecht wird verstanden das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs.

Das gemeine deutsche Privatrecht ist dasjenige deutsche Privatrecht, welches für Deutschland als Deutschland, für Deutschland als Ganzes, gilt[1]. Dieses gemeine deutsche Privatrecht ist nur zum Theil einheimischen Ursprungs; anderen, und überwiegenden Theils, beruht es auf recipirten fremden Rechten,

---

[1] Ueber den Begriff des gemeinen Rechts s. Wächter gemeines Recht §. 1. Deutschlands S. 4—17, Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 46—48, Bruns in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII S. 208 fg. Der Begriff des gemeinen Rechts beruht auf dem, wie überhaupt, so namentlich auch für die Rechtswissenschaft, so außerordentlich wichtigen Begriff des Ganzen, als eines seinen Theilen gegenüber selbständigen Dinges, als eines Dinges, welches nicht die Summe, sondern die Einheit seiner Theile ist. Das für ein Rechtsgebiet als Ganzes in diesem Sinne geltende Recht ist das gemeine Recht der einzelnen Gebiete, in welche das Ganze zerfällt; das für die einzelnen Gebiete als solche geltende Recht ist das besondere, particuläre, Recht dieser Gebiete. Das letztere wird auch dadurch nicht zum gemeinen Recht, daß sein Inhalt für alle Gebiete der gleiche ist (Thöl nennt ein solches Recht passend allgemeines Recht), wie umgekehrt das gemeine Recht dadurch nicht aufhört, gemeines Recht zu sein, daß ein zu dem Ganzen gehöriges Gebiet, oder auch mehrere Gebiete, sich ihm entziehen; die übrigen Gebiete fahren fort ihm unterworfen zu sein nicht als für sich bestehende Gebiete, sondern deßwegen, weil sie zum Ganzen gehören. In dieser Beziehung kann Wächter nicht beigetreten werden, welcher behauptet, von einem gemeinen Rechte könne nicht mehr geredet werden, sobald es auch nur für Einen Theil nicht mehr gelte: es erscheinen hier die beiden Begriffe „ein Rechtsgebiet als Ganzes" und „ein ganzes Rechtsgebiet" verwechselt. Noch weniger verdient Beifall, schon wegen ihrer Unbestimmtheit, die Ansicht von Bruns, welcher den Begriff des gemeinen Rechts erst dann ausgeschlossen wissen will, „wenn die Ausnahmen sich vermehren".

und unter diesen nimmt den hauptsächlichsten Platz das römische Recht ein[2].

Das römische Recht ist in Deutschland zur Geltung gelangt[3] nicht durch einen Act der Gesetzgebung, sondern auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes, und zwar näher, nicht durch die Uebung des Volkes, sondern durch die Uebung der Juristen, welche das römische Recht ihren Rechtssprüchen und Rechtsgutachten zu Grunde legten (§. 16). Die Juristen wurden dabei hauptsächlich bestimmt durch die überwältigende geistige Gewalt, mit welcher das römische Recht ihnen entgegentrat. Das römische Recht war gegenüber dem einheimischen Recht nach Form und Inhalt so sehr das vollkommenere, daß es nicht mehr als ein Recht, sondern als das Recht erschien[4]. Die deutschen Juristen folgten, indem sie das römische Recht zur Anwendung brachten, dem gleichen Zug, welcher ihre ganze Zeit beherrschte, der widerstandlosen Hingebung an die der Vergessenheit wieder entrissene antike Cultur[5].

---

[2] Daneben steht das canonische Recht und das longobardische Lehnrecht.

[3] Eine allen Anforderungen entsprechende Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland muß noch erst geschrieben werden. Hervorzuheben sind: Senckenberg methodus iurisprudentiae app. III p. 128—147, Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III §. 440—444, und vor Allem Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen I S. 609—655. II S. 1—142. Hierzu Muther Zeitschr. f. RGesch. IV S. 380—445. [C. A. Schmidt (in Rostock) die Reception des römischen Rechts in Deutschland (1868). Darüber Stobbe krit. VJSchr. XI S. 1 fg. Vgl. auch Stintzing Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfange des sechszehnten Jahrhunderts (1867).]

[4] Das einheimische Recht war zum großen Theil Gewohnheitsrecht, und insofern, wie man es damals nannte, ius incertum; es enthielt eine Reihe von einzelnen, meist sehr concret gefaßten Regeln, aber es mangelte ihm an leitenden Grundsätzen; seine Bestimmungen waren gegenüber den Bedürfnissen des immer mehr aufblühenden Verkehrs nicht ausreichend. Das römische Recht, wie es aus geschriebenem Buchstaben mit Sicherheit erkannt werden konnte, gewährte Hülfe für Alles. Stobbe a. a. O. I S. 636—638.

[5] Stobbe a. a. O. I S. 640. „So wie die Humanisten aus den griechischen und römischen Autoren die absolute Wahrheit und menschliche Bildung zu schöpfen glaubten, so waren sich auch die Juristen, welche zu Bologna das römische Recht studirt hatten und es in der Heimath zur Geltung zu bringen suchten, dessen nicht im Entferntesten bewußt, daß sie ihrem Volke ein fremdes Recht zuführten und daß nicht alle Sätze des Corpus Juris zur

Neben diesem Hauptgrunde wirkte als unterstützend mit die Idee, daß das römische Reich, dessen Krone der deutsche König trug, nur eine Fortsetzung des alten Reichs der römischen Imperatoren sei, daher den Justinianischen Rechtsbüchern die gleiche verbindende Kraft zukomme, wie einem Reichsgesetze[6]. Als im Jahre 1495 das neu organisirte Reichskammergericht unter Anderem auch auf das römische Recht verwiesen wurde[7], war dieß bereits bei

---

Anwendung kommen dürften. Man glaubte kein fremdes Recht zu übertragen, sondern nur das seiner Entwicklung nach vollendetere Recht, das Recht κατ᾽ ἐξοχήν, anzuwenden". — Es kam hinzu der Mangel an historischem Sinn, welcher jener Zeit eigen war. So hatte man auch den Sachsenspiegel in vielen Gerichten als gesetzliche Quelle recipirt, ohne genau zu untersuchen, ob jeder Satz desselben mit dem particulären Rechte in Einklang stehe; man wandte sich um Rechtsbelehrung an einen Oberhof, ohne zu fragen, ob zwischen den Grundlagen seines Rechts und des der anfragenden Stadt Uebereinstimmung herrsche. Stobbe I S. 639.

[6] Das römische Recht galt als ein für den ganzen Weltkreis verbindliches Recht, wie das römische Reich als ein den ganzen Weltkreis begreifendes Reich. Diese Idee tritt in den Gesetzen und Urkunden der deutschen Kaiser schon seit Otto III. hervor (Stobbe I S. 612—624. II S. 110). Besondere Kraft mußte sie in Deutschland haben, wo der deutsche Kaiser wirklich herrschte, und hier wieder vorzugsweise, soweit er unmittelbar herrschte. Für das kaiserliche Hofgericht findet sich denn auch bereits aus dem Jahre 1342 eine Erklärung K. Ludwig's, daß an demselben fortan nur „nach kunig und keisern seiner vorfarn an dem romischen riche gesetzen und ire geschriben rechten" geurtheilt werden solle. Eine gleiche Erklärung gab Albrecht II. in dem Landfrieden von 1438. Stobbe I S. 621—624. II S. 87. (Vgl. übrigens in Betreff der Verordnung K. Ludwig's jetzt Franklin Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland S. 107 fg., welcher nachzuweisen sucht, daß diese Verordnung sich auf das römische Recht nicht bezogen habe.)

[7] Es sollte urtheilen „nach des Reichs und gemeinen Rechten". Unter den „gemeinen Rechten" ist hier eben das römische Recht, wenn nicht allein, so doch gewiß mit verstanden. Wenn man früher zu weit ging, und in dieser Bestimmung die eigentliche Quelle der Geltung des römischen Rechts in Deutschland sehen wollte, so darf man doch auf der anderen Seite den Einfluß, welchen das Reichskammergericht auf die Einführung und Befestigung des römischen Rechts gehabt hat, nicht unterschätzen. Beweis ist, daß in Ländern, auf welche sich seine Autorität nicht erstreckte, bei übrigens im Wesentlichen gleichen Verhältnissen das römische Recht Gesetzeskraft nicht erlangt hat, so in der Schweiz, Schleswig, Nordfrankreich. S. Eichhorn deutsche Staats- u. Rechtsgesch. III §. 442, Gerber das wissenschaftliche Princip des gem. deutschen Privatrechts S. 128. 145, Stobbe II S. 86 fg. vgl. S. 111 Note 5.

Weitem keine Neuerung mehr; seit der Mitte des 16. Jahrhunderts kann die Reception des römischen Rechts in Deutschland als vollendet angesehen werden[8].

§. 2.

Näher bestimmt sich die Geltung des römischen Rechts in Deutschland durch folgende Sätze.

1. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht als absolutes gemeines, sondern nur als subsidiäres gemeines Recht; d. h. es schließt nicht entgegenstehende particularrechtliche Bestimmungen aus, sondern es kommt nur zur Anwendung, insoweit particularrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen.

2. Das römische Recht gilt in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification und die Lehre der Schule von Bologna erhalten hat; nur in dieser Gestalt ist es recipirt worden. Hierüber das Nähere im folgenden Paragraphen.

3. In dieser Gestalt ist das römische Recht als Ganzes recipirt worden[1]; daher braucht seine Anwendbarkeit nicht für

---

[8] Spuren der Bekanntschaft mit dem römischen Recht finden sich in Deutschland bereits seit dem 13. Jahrhundert, so namentlich Clauseln in Notariatsurkunden, durch welche auf Einreden des römischen Rechts verzichtet wird. Stobbe I S. 646—650. Aber auch angewendet wurde in einzelnen Sätzen und Instituten das römische Recht schon seit dem Ende desselben Jahrhunderts. Stobbe I S. 650. 651. Einer umfassenderen Anwendung des römischen Rechts mußte erst vorausgehen die Gründung einheimischer Universitäten (seit der Mitte des 14. Jahrh.), und daß auf ihnen auch das römische Recht eine mehr als untergeordnete Berücksichtigung fand, was erst seit der Mitte des 15. Jahrhunderts der Fall war. Stobbe I S. 625—631. II S. 9—22. Seit dieser Zeit wuchs die Anwendung des römischen Rechts mit der Zahl der gelehrt gebildeten Juristen; dieselben erlangten in den Gerichten zuerst das Uebergewicht, und verdrängten schließlich die Volksschöffen aus denselben ganz. Stobbe II S. 63—110. (Vgl. auch Franklin Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland S. 19 fg.) Mitwirkung der Landesgesetzgebung: Stobbe II S. 114—133. — Das römische Recht ist auch in andere Länder eingedrungen, als in Deutschland, namentlich in England und Nordfrankreich (in Südfrankreich hatte es zu gelten nie aufgehört). Aber in England hat es nicht festen Fuß gefaßt (vgl. den Aufsatz von Biener in der krit. Zeitschr. f. Gesetzg. u. RW. des Auslandes XIX. 9), in Nordfrankreich ist es nicht zu Gesetzeskraft gelangt.

§. 2. [1] Wie man sich früher ausdrückte: „in complexu". Das will sagen: Gegenstand der Reception waren nicht die einzelnen römischen Rechtssätze als

jeden einzelnen in ihm enthaltenen Satz gerechtfertigt zu werden; jeder in ihm enthaltene Satz ist für anwendbar zu erachten, so lange sich nicht Gründe gegen seine Anwendbarkeit ergeben[2].

4. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht unmodificirt. Die Modificationen, mit welchen es gilt, haben eine dreifache

---

diese, wegen ihres besonderen Inhalts, sondern Gegenstand der Reception war das römische Recht als solches. Alle Gründe der Reception beziehen sich auf das römische Recht als solches, nicht auf den besonderen Inhalt seiner besonderen Sätze. Vgl. Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 193—202. Daher sind die Zeugnisse für die Reception des einen Satzes zugleich Zeugnisse für die Reception des anderen. Man wird entweder die Reception des römischen Rechts ganz leugnen, oder diese Consequenz zugeben müssen. Vgl. die folgende Note.

[2] Früher drückte man das so aus: wer sich auf das römische Recht berufe, habe „fundatam intentionem." Wenn man dieß näher dahin verstand, es könne die Anwendung eines jeden Satzes des römischen Rechts verlangt werden, bis der Gegner dessen Unanwendbarkeit bewiesen habe, so war das allerdings insofern ein Irrthum, als von einem civilproceßmäßigen Beweise bei Rechtssätzen überhaupt nicht die Rede sein kann. Der Richter wird also selbständig zu untersuchen haben, ob nicht Gründe für die Unanwendbarkeit eines in Frage gestellten Satzes des römischen Rechts vorliegen: wohin namentlich auch gehört, daß das Verhältniß, auf welches sich ein römischer Satz bezieht, heutzutage ganz fehlt. Im Zweifel aber wird er sich allerdings für die Anwendbarkeit zu entscheiden haben. Das ist zwar in der neueren Zeit geleugnet worden (Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 99—105, Reyscher Zeitschrift für deutsch. Recht IX S. 373—408, Leist civilistische Studien I S. 12—19 [und Bonorum possessio II. 2 S. 350—367], vgl. auch Eichhorn deutsches Privatr. §. 40 Note e), aber aus nicht stichhaltigen Gründen. Man hat geltend gemacht: 1) es sei nicht wahr, daß das römische Recht als Ganzes recipirt worden sei, — denn es sei nicht ganz recipirt worden. Das ist kein Beweis; auch hier liegt die in §. 1 Note 1 bezeichnete Verwechslung zu Grunde. Das Ganze ist etwas Anderes als die Summe seiner Theile: Etwas gilt vom Ganzen deßwegen nicht weniger, weil es wegen eines besonderen Grundes von einem oder dem anderen Theil des Ganzen nicht gilt; die Reception bezieht sich deßwegen nicht weniger auf das römische Recht als Ganzes, d. h. auf dasjenige, was die Eigenschaft hat römischer Rechtssatz zu sein, weil nicht Alles, was diese Eigenschaft hat, recipirt ist. Man hat 2) angeführt: das römische Recht sei hinter dem einheimischen deutschen, nicht bloß particulären, sondern auch gemeinen Rechte recipirt. Das ist richtig; aber daraus folgt nicht, daß nicht im Zweifel anzunehmen sei, daß es einen dem römischen Recht entgegenstehenden und dasselbe ausschließenden gemeinen Rechtssatz nicht gebe. Was für ein Ganzes gilt, gilt nicht nothwendig für alle seine Bestandtheile; aber es ist nicht das Normale, daß ihm einer seiner Bestandtheile entzogen sei. Gerechtfertigt werden muß nicht die Regel, son-

Quelle: das canonische Recht[3], die deutschen Reichsgesetze[4], das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht[5]. — Die selbständigen Rechtsinstitute, welche auf diesen Rechtsquellen beruhen, gehören in die

dern die Ausnahme. Gegen Beseler und Reyscher vgl. Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 186—204, Gerber Princip des gem. deutschen Privatrechts S. 154—157; andererseits aber wieder Beseler deutsches Privatrecht 2. Aufl. §. 9. — Zu weit geht auch die Behauptung (Savigny I S. 69. 165, Sintenis I S. 18), daß alle dem Staatsrechte angehörenden Bestimmungen des römischen Rechts für nicht recipirt zu erachten seien, vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 434 fg. gemeines Recht Deutschlands S. 193 Note 236, Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 44. 45.

[3] Das canonische Recht enthält nicht bloß Bestimmungen über kirchliche Verhältnisse, es greift vielfach auch in das bürgerliche Recht ein; das erklärt sich aus der im Mittelalter weit gezogenen Competenz der geistlichen Gerichte. Zunächst war nun zwar das canonische Recht nur für diese geistlichen Gerichte verbindlich; aber allmälig drang es auch in die weltlichen ein, in Deutschland ist es recipirt wie das römische. Wie das römische Recht als Kaiserrecht, so trat das canonische Recht mit den Ansprüchen auf, welche ihm die Autorität der Kirche verlieh. Stobbe II S. 134—136. („Für die Reception des canonischen Rechts fehlt es an eingehenden Untersuchungen", Stobbe I S. 610.)

[4] Dieselben sind aber für das Privatrecht nicht von großer Bedeutung. Eine Aufzählung der für das Privatrecht wichtigsten bei Thöl Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 26. — Die Bundesacte und die deutschen Bundesbeschlüsse sind nicht Quellen des gemeinen deutschen Rechts; sie gelten für die einzelnen Bundesstaaten nur kraft der in denselben erfolgten Publication. Seuff. Arch. XVIII. 103.

[5] Die Existenz gemeiner deutscher Gewohnheiten wurde bei dem ersten gewaltsamen Andrängen des römischen Rechts nur widerwillig und nur spärlich anerkannt. Erst allmälig vermochte sich die Ueberzeugung Bahn zu brechen, daß in der gemeinen deutschen Gewohnheit eine dem recipirten fremden Rechte ebenbürtige Rechtsquelle enthalten sei. Es ist überhaupt der leitende Faden, welcher durch die gesammte deutsche Rechtsentwicklung seit der Reception des römischen Rechts hindurchgeht, daß sich dem letzteren gegenüber das einheimische Recht immer mehr zusammengenommen, und sich immer größere Anerkennung errungen hat. Eine nicht hoch genug anzuschlagende Förderung hat diese Richtung durch die historische Erforschung des deutschen Rechts erhalten, welche mit der Mitte des 17. Jahrhunderts erwachend, seit dem Anfang des gegenwärtigen zu immer größerer Blüthe gediehen ist. Von Bedeutung war es auch, daß man seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts anfing, den deutschrechtlichen Stoff von dem römischrechtlichen im akademischen Vortrage und in schriftstellerischer Darstellung auch äußerlich abzusondern. Die Disciplin, welche sich daraus gebildet hat, nennt man die Disciplin des gemeinen deutschen Privatrechts, — in nicht passender Weise; denn auch das recipirte römische

Darstellung des Pandektenrechts nicht, sie finden ihre Darstellung in anderen Disciplinen[6].

5. Durch die Auflösung des deutschen Reichs ist die Geltung des römischen Rechts in Deutschland nicht verändert worden[7]. —

Daß das im Vorstehenden näher bezeichnete Recht Pandektenrecht genannt wird, hat einen historischen Grund; der Name hat sich aus jener Zeit erhalten, wo dieses Recht in der Form einer Exegese oder doch nach der Ordnung der Justinianischen Pandekten vorgetragen zu werden pflegte.

II. Quellen des Pandektenrechts.

§. 3.

Die Quellen des Pandektenrechts ergeben sich aus dem in den beiden vorigen Paragraphen Gesagten.

Die hauptsächlichste Quelle des Pandektenrechts bildet das römische Recht, in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification erhalten hat. Die Justinianische Codification zerfällt in 4 Theile: die Institutionen, die Pandekten, den Codex,

---

Recht ist deutsches Privatrecht, es gilt für uns nicht als römisches, sondern als deutsches Recht. Vgl. Beseler deutsches Privatrecht §. 9.

[6] In den Disciplinen des Kirchenrechts und des in der vorigen Note bezeichneten s. g. gemeinen deutschen Privatrechts.

[7] Es ist behauptet worden, durch die Auflösung des deutschen Reiches habe das römische Recht aufgehört, gemeines Recht für Deutschland zu sein; seit dieser Zeit gelte es in den einzelnen deutschen Staaten nur noch deßwegen, weil die Landesgesetzgebung derselben es beibehalten habe, also als Particularrecht (Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 171 fg. 205 fg., s. auch E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche [1861] S. 80—81). Hiergegen ist mit Recht eingewendet worden (Bruns in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII S. 210—212. 218—220), daß nur für das gemeine Gesetzesrecht Erforderniß sei, daß die einzelnen Gebiete, für welche es gelte, zu einem und demselben Staate gehören, nicht aber für das gemeine Gewohnheitsrecht; den Ausgangspunkt für das letztere bilde nicht die Gesetzgebungsgewalt des Staates, sondern die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung des Volkes; auch vor dem Jahre 1806 habe das römische Recht nicht kraft der Reichsgewalt gegolten. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist, ob seit der Auflösung des deutschen Reiches eine gemeinrechtliche Fortbildung des römischen Rechts möglich gewesen ist, was Wächter leugnet.

die Novellen[1]. Die Gesammtheit dieser Theile wird seit den Glossatoren Corpus iuris civilis genannt[1a].

Der Grund, weßwegen nur das Justinianische, weder das vorjustinianische, noch das nachjustinianische Recht die Quelle des Pandektenrechts bildet, ist der, weil das römische Recht nur in derjenigen Gestalt in Deutschland recipirt worden ist, in welcher es die Schule von Bologna[2] lehrte; dieser Schule war aber nur das Justinianische Recht bekannt.

Die Schule von Bologna hat aber nicht bloß das vor- und nachjustinianische Recht nicht gelehrt, sie hat auch nicht das ganze Justinianische Recht gelehrt. Das Kennzeichen Dessen, was sie gelehrt hat, ist, daß es glossirt worden ist[3]; daher das alte Rechts-

§. 3. [1] Die Institutionen und die Pandekten haben Gesetzeskraft erhalten vom 30. December 533, der Codex (repetitae praelectionis) vom 29. December 534 an. Das Nähere über den Inhalt und die Einrichtung dieser Rechtsbücher wird hier als bekannt vorausgesetzt. Die Novellen sind einzelne, von Justinian nach Vollendung seiner Codification erlassene Gesetze.

[1a] Der Ausdruck, obgleich in dieser Verwendung neu, ist an und für sich ein gut römischer. Vgl. l. un pr. C. de rei ux. act. 5. 13. „Rem in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam..“.

[2] Im früheren Mittelalter war die Kenntniß des römischen Rechts selbst in denjenigen Ländern, in welchen seine Geltung nach dem Sturze des weströmischen Reiches nie ganz aufgehört hatte, eine sehr verdunkelte. Von Bologna ging mit dem Ende des 11. Jahrh., auf Grund der Wiederauffindung der echten Justinianischen Gesetzbücher, ein erneutes Studium des römischen Rechts aus, und nahm sehr bald einen außerordentlichen Aufschwung. Fortgesetzt wurde dieses Studium in den anderen Schulen, welche nach dem Muster der Schule zu Bologna in Italien, Südfrankreich, Spanien gestiftet wurden. Die in diesen Schulen ausgebildete Doctrin ist es, welche sich, wie über ganz Europa, so auch nach Deutschland verbreitete; für sie ist der in Bologna festgestellte Quellencanon immer maßgebend geblieben. Das Nähere über diese Dinge findet sich in dem classischen Werke von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. III—VII, 2. Ausg. 1834. 1850. 1851. Vgl. auch Böcking I §. 24.

[3] Glossen sind Erklärungen, welche ein Rechtslehrer „seinem Exemplar des Textes in der Absicht beigeschrieben hatte, daß sie so wie andere Bücher erhalten, abgeschrieben und verbreitet werden sollten“ (Savigny a. a. O. III S. 558). Die ursprünglichen Glossen sind durch die Zusammenstellung, welche der Glossator Accursius in der ersten Hälfte des 13. Jahrh. aus eigenen und fremden Glossen gemacht hat, vollständig verdrängt worden. Diese Zusammenstellung ist es, was man „die Glosse“ (glossa ordinaria) nennt. Savigny a. a. O. V S. 262—305.

sprüchwort: quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia[4]. Daß Etwas nicht glossirt worden ist, hat seinen Grund theils darin, daß es in den Handschriften der Glossatoren fehlte, theils darin, daß sie es für unanwendbar hielten. In die erste Kategorie gehören namentlich die zahlreichen griechischen Constitutionen des Codex[5]; aus dem zweiten Grunde haben die Glossatoren von den 134 Novellen, welche sie besaßen[6], nur 96 glossirt[6a].

Von der anderen Seite ist durch die Schule von Bologna

---

[4] Ueber diese Regel und ihre fortwährende heutige Geltung s. Osenbrüggen in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 9 (1841). — In den Institutionen ist Alles glossirt, in den Pandekten Alles mit Ausnahme von l. 7 §. 5 — l. 11 de bon. damnat. 48. 20 und l. 10—19 de interd. et releg. 48. 22 (vgl. Note 5). Die nicht glossirten Stellen des Codex (vgl. Note 5) bei Böcking I Anh. S. *6, Vangerow I §. 6 Anm. 1, Arndts §. 2 Anm. 3; die nicht glossirten Novellen in Note 6a.

[5] Die griechischen Constitutionen im Justinianischen Codex bilden etwa den 25. Theil der Gesammtzahl: sie wurden im Occident nicht abgeschrieben, weil man sie nicht verstand. Später sind sie aus kirchlichen Sammlungen und griechischen Quellen so gut es gehen wollte, dem Wortlaut oder dem Inhalt nach, wiederhergestellt worden, s. g. leges restitutae. Vgl. Witte die leges restitutae des Justinianischen Codex (1830), Biener u. C. G. Heimbach Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex (1833). — Die griechischen Stellen der Pandekten hatten die Glossatoren in einer lateinischen Uebersetzung (vgl. Glück XXXI S. 164 fg., Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 2—5, [Mommsen additam. IV zum 1. Band seiner Pandektenausgabe]). Dagegen fehlte ihnen der Schluß von XLVIII. 20 (l. 7 §. 5 — l. 11) und 22 (l. 10—19); auch diese Lücke ist erst später (dem Inhalt nach) aus den Basiliken ergänzt worden. — Von den Novellen in der folg. Note. — Gegen die Ansicht, daß auch den leges restitutae Gesetzeskraft zukomme, s. Savigny System I S. 70—75 und Osenbrüggen an der in Note 4 citirten Stelle.

[6] Justinian hat im Ganzen 166 Novellen erlassen, die meisten in griechischer Sprache; die Sammlung von 134 Novellen, welche die Glossatoren besaßen, enthielt die griechischen in einer lateinischen Uebersetzung. Sie nannten diese Sammlung gegenüber der bis dahin allein gebrauchten Sammlung des Julianus, welche die einzelnen Novellen nur in einem Auszuge gab (daher die Bezeichnung epitome Iuliani), Authenticum, die einzelnen Stücke Authenticae. Später ist auch der griechische Novellentext wieder aufgefunden worden (in einer Sammlung von 168 Novellen, die jedoch nicht blos Gesetze von Justinian enthält); ihm und den von ihm gemachten lateinischen Uebertragungen gegenüber heißt der Text der Glossatoren die (versio) vulgata. Für die praktische Anwendung muß im Widerspruchsfall die Vulgata vorgezogen werden, um so

Einiges in die Justinianische Sammlung hineingekommen, was ihr ursprünglich nicht angehörte, die s. g. Authenticae, Auszüge aus den Novellen und zum Theil aus Gesetzen deutscher Kaiser (Friedrich I. und Friedrich II.), welche hinter die dadurch abgeänderten Stellen des Codex eingerückt wurden[7]. Auch sie sind recipirt worden, aber nicht als Autorität gegen die Originale[8].

§. 4.

Es ist noch Einiges über die Ausgaben des Corpus juris zu sagen[1]. Die älteren Ausgaben geben nicht das Corpus juris als Ganzes, sondern nur einzelne Theile desselben, oder auch alle einzelnen Theile desselben, aber nur als einzelne[2]. Die

---

mehr, als ihre Abweichungen nicht bloß auf Verschiedenheit der Auffassung, sondern theilweise auf einer Verschiedenheit des ursprünglichen griechischen Textes oder Aenderungen der Glossatoren beruhen. Osenbrüggen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 11; a. M. Sintenis I S. 13. 14, zum Theil Vangerow I §. 6 Anm. 2, Puchta §. 4. b. Für den Vorzug der Vulgata Seuff. Arch. XIX. 103. Das Nähere über die verschiedenen Sammlungen, in welchen die Novellen auf uns gekommen sind, bei Biener Geschichte der Novellen Justinian's (1824). S. auch Böcking I S. 66. 67 und Anh. IV.

[6a] Nicht glossirt sind: Nov. 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168. — Wenn Andere 97 Novellen als glossirte zählen, so beruht dieß darauf, daß sie Nov. 150 mit rechnen, die aber nicht als solche glossirt ist, sondern nur in ihrem in Nov. 143 enthaltenen Auszug.

[7] Der Name erklärt sich aus der Bezeichnung, welche die Glossatoren für die Novellen selbst gebrauchten. S. Note 6. Aehnliche Auszüge finden sich übrigens auch in Handschriften und Ausgaben der Institutionen und in Handschriften der Novellen. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im MA. III S. 527—533. IV S. 42—62.

[8] „Es würde . . . dem Sinne der Aufnahme der Authentiken völlig entgegen sein, wenn man aus ihnen einen Widerstreit gegen den Novellentext begründen wollte". Savigny System I S. 68. d.

§. 4. [1] Die hier gemachten Bemerkungen verfolgen nur den Zweck einer Orientirung über das Hauptsächliche. Genaueres bei Böcking I Anh. V, Erxleben Einleit. in d. röm. Privatr. §. 40.

[2] Die dabei (in den glossirten Ausgaben) regelmäßig zu Grunde gelegte Eintheilung des Textes ist folgende. 1. Digestum vetus (—XXIV. 2). 2. Infortiatum (—XXXVIII). 3. Digestum novum (—L). 4. Codex (die neun ersten Bücher des Codex). 5. Volumen oder volumen parvum (die drei letzten

erste Gesammtausgabe unter dem Titel Corpus iuris civilis ist die von Dionysius Gothofredus 1583. Bis zum Anfange des 16. Jahrhunderts sind sämmtliche Ausgaben glossirt, seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts ist keine glossirte mehr erschienen. Unter den nicht glossirten Ausgaben war bis in die neuere Zeit die verbreiteteste die genannte des Dionysius Gothofredus; vielfach abgedruckt, liegt sie auch den gleichfalls oft gedruckten und nachgedruckten Ausgaben von Simon van Leeuwen und von Freyesleben zu Grunde; sie verdient noch immer Beachtung, weniger wegen ihres Textes[3], als wegen der in ihren Noten enthaltenen Parallelstellen[4]. Die neueren Ausgaben sind: 1) die von Gebauer und (nach dessen Tode) Spangenberg (1776. 1797)[5]; 2) die von Beck (1825—1836);

Bücher des Codex, Novellen, Institutionen). Die Eintheilung der Pandekten beruht darauf, daß dieselben den Glossatoren nur stückweise bekannt wurden. Vgl. Savigny Gesch. d. röm. R. im MA. III S. 422—442.

[3] Hervorzuheben ist die Gestalt, welche die Novellen in ihr haben; sie gibt nicht die Vulgata, sondern die Sammlung von 168 Novellen (§. 3 Note 6), in einer lateinischen Uebersetzung nach der Ausgabe des Contius von 1571. Diese Uebersetzung ist bei 96 Novellen die der Vulgata, welche aber Contius nicht unverändert ließ; bei den übrigen rührt sie aus anderen Quellen her. In dieser Gestalt finden sich die Novellen in allen unglossirten Ausgaben seit Contius bis auf die neueste Zeit (vgl. Note 7), und in dieser Gestalt werden sie noch heutzutage citirt. Von Contius rührt auch die jetzt gebräuchliche Kapiteleintheilung her.

[4] Auf dieses Hülfsmittel der Interpretation können namentlich Studirende nicht dringend genug aufmerksam gemacht werden. Aber auch Fortgeschritteneren wird das von Gothofredus Gebotene häufig wenigstens für den ersten Anlauf genügen. — Nach Buchhändleranzeigen (s. auch Jahrb. d. gem. Rechts V S. 408) beabsichtigte der verstorbene Keller eine neue Ausgabe des Corpus Juris, die ihren hauptsächlichen Werth in einer auserlesenen Sammlung von Parallelstellen haben sollte. Daß dieses Werk nicht zu Stande gekommen ist, ist nicht der geringste unter den Verlusten, welche die Rechtswissenschaft durch den Tod dieses ausgezeichneten Gelehrten und Juristen erlitten hat.

[5] Diese Ausgabe war bisher namentlich dadurch werthvoll, daß sie die Pandekten in dem reinen Florentinischen Text (Note 7) wiedergibt; sie ist aber auch in dieser Beziehung neuerdings überholt worden (Note 7). — Die Novellen erscheinen in dieser Ausgabe außer in dem lateinischen Text des Contius auch in dem griechischen Text, und in einer neuen Uebersetzung desselben durch J. Fr. Hombergk zu Bach, — eine werthvolle

3) die von den Gebrüdern Kriegel, der Codex von Herrmann, die Novellen von Osenbrüggen (1828—1843)[6]. 4) Die von Schrader unternommene große Ausgabe ist nicht über die Institutionen (1832) hinaus gediehen. 5) Eine allen Anforderungen der Kritik entsprechende Ausgabe der Pandekten wird gegenwärtig von Th. Mommsen besorgt[7].

§. 5.

Die ferneren Quellen des Pandektenrechts sind:

1) das canonische Recht. Recipirt ist aber nur das s. g. Corpus iuris canonici clausum, welches aus folgenden Stücken besteht. a) Decretum Gratiani (concordantia discordantium canonum), eine Privatarbeit eines Camaldulensermönches aus der Mitte des 12. Jahrhunderts, bestehend aus Sätzen des Verfassers, zu deren Bewahrheitung Stellen aus der heiligen Schrift, den

Zugabe, da die Vulgata auch in der Contius'schen Recension häufig unverständlich ist.

[6] In der Kriegel'schen Ausgabe ist namentlich für den Codex viel geschehen. Bei den Novellen haben sowohl die Beck'sche als die Kriegel'sche Ausgabe die Recension des Contius verlassen. Sie geben: 1) beide den griechischen Text mit der Hombergk'schen Uebersetzung, die aber in der Kriegel'schen Ausgabe vielfach verbessert ist; 2) die Kriegel'sche Ausgabe dazu die Vulgata, Beck den liber Authenticarum in seiner ursprünglichen Ordnung, aber nicht mit dem reinen Text der Vulgata.

[7] Es liegen von derselben bisher die ersten drei Lieferungen, die ersten 24 Bücher enthaltend, vor. [Seitdem sind vier neue Lieferungen hinzugekommen, welche bis zum ersten Drittel des 48. Buches gehen. Vgl. über diese Ausgabe jetzt Rudorff Zeitschr. f. RGesch. VI S. 418 fg. Ein kürzerer Abdruck zum Handgebrauch, seit 1868 erscheinend, ist gegenwärtig bis zum 24. Buche einschl. fortgeschritten. Vgl. darüber Meischeider krit. VJSchr. XII S. 146 fg.] — In dieser Ausgabe ist der Florentinische Text (lectio Florentina), d. h. der Text einer aus dem 7. Jahrh. stammenden, früher in Pisa, gegenwärtig in Florenz in der Laurentianischen Bibliothek aufbewahrten Handschrift, nach einer neuen sorgfältigsten Collation wiedergegeben. Von der bezeichneten Handschrift pflegt man diejenigen Handschriften, welche den durch die Glossatoren festgestellten Text enthalten, als Vulgathandschriften (lectio vulgata) zu unterscheiden. Es ist natürlich für die Kritik des Pandektentextes eine schlechthin entscheidende Frage, ob diesen Vulgathandschriften eine von der Florentinischen Handschrift unabhängige Urhandschrift zu Grunde liegt, oder ob sie sämmtlich ihre Quelle in der Florentinischen Handschrift haben. Das Hauptmoment für die Beantwortung dieser Frage ist, daß sich in den Vul-

Kirchenvätern, Concilienschlüssen, päpstlichen Decretalen, dem römischen Recht und fränkischen Capitularien citirt werden; recipirt sind nur diese Citate, nicht jene Sätze (dicta Gratiani)[1]. b) Die von Gregor IX. 1234 veranstaltete Sammlung von päpstlichen Erlassen (Decretalen)[1a]. c) Die Decretalensammlung Bonifacius VIII., der s. g. liber sextus, publicirt 1298, bestehend hauptsächlich aus Decretalen von Gregor IX. bis Bonifacius VIII. d) Die s. g. Clementinen, eine Sammlung von Decretalen von Clemens V., publicirt 1313[2]. — Die in diesen Sammlungen nicht enthaltenen (extravagantes) Decretalen gehören zum Corpus iuris canonici clausum nicht, und sind nie zu allgemeinem An-

---

gathandschriften eine Reihe von Ergänzungen des Textes der Florentina finden, welche unmöglich auf Conjectur beruhen können (s. Savigny Gesch. d. röm. R. im MA. III. S. 455 fg., aber auch Biener das. VII S. 82 fg. und Th. Mommsen Jahrb. d. gem. R. V S. 416 fg.). Auf Grund dieser Thatsachen nimmt Savigny a. a. O. und mit ihm die bisher herrschende Meinung an, daß allerdings die Vulgathandschriften (ganz oder in einzelnen Theilen) auf einer von der Florentina unabhängigen Urhandschrift beruhen. Dagegen geht die Ansicht, welche jetzt Th. Mommsen in der Vorrede zu der oben bezeichneten Pandektenausgabe [für das digestum vetus] vertheidigt (vgl. dens. Jahrb. d. gem. R. V. 18), dahin, daß auch die Mutterhandschrift der Vulgathandschriften eine Abschrift der Florentina gewesen, daß aber diese Mutterhandschrift aus einer anderen Urhandschrift (an einigen wenigen Stellen) ergänzt und verbessert worden sei.

[1] Die einzelnen im decretum Gratiani enthaltenen Quellenstellen werden canones genannt. Das decretum zufällt in 3 partes. Die erste pars ist in 101 distinctiones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 1 Dist. 11. In der zweiten pars werden 36 Rechtsfälle (causae) vorgetragen, bei jedem Rechtsfall werden Fragen (quaestiones) aufgeworfen, und auf Grund von canones gelöst; Citirart: z. B. c. 1 C. 13 qu. 2. Nur die 3. quaestio bei der 33. causa, welche einen tractatus de poenitentia enthält, ist zuerst in 7 distinctiones, und diese erst sind in canones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 21 Dist. 3 de poenitentia. Die dritte pars ist wieder bloß in (5) distinctiones eingetheilt; zur Unterscheidung von der ersten pars citirt man mit dem Zusatz de consecratione, von welche Materie die erste distinctio handelt, also z. B. c. 25 Dist. 5 de consecratione. §. 5

[1a] Als solche erscheinen auch die von den Päbsten publicirten Concilienbeschlüsse.

[2] Alle drei Decretalensammlungen zerfallen in 5 Bücher (deren Inhalt im Allgemeinen der Memorialvers angibt: iudex, iudicium, clerus, sponsalia, crimen), diese in Titel; die einzelnen in den Titeln enthalten Stücke heißen capita. Die Sammlung Gregor IX. wird mit X bezeichnet, welches extra bedeutet (nämlich decretum). Die Sammlung Bonifacius VIII. heißt

sehn gelangt[3]. Dagegen sind noch wichtig für das gemeine Civilrecht (hauptsächlich das Eherecht) die Schlüsse des Tridentiner Concils[4]. — Ausgaben des Corpus iuris canonici: von Böhmer (1747), von Richter (1833—1839).

2) Die deutschen Reichsgesetze: Reichsabschiede (R.A), Reichsschlüsse (R.S., seit 1654) Reichsordnungen (R.O.)[5]. Sammlungen in der Note[6].

3) Das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht. Dasselbe tritt hervor (§. 16) theils in der Uebung des Volkes, theils in der Uebung der Juristen (Rechtsbelehrungen, Rechtsgutachten, Urtheilen)[7]. Als Zeugnisse für dasselbe sind wichtig die Schriften,

---

liber sextus deßwegen, weil sie sich als eine Fortsetzung der früheren Sammlung darstellt. Citirart: c. 1 X. de fide instr. 2. 23; c. 1. in VI° de usuris 2. 9; c. 1 in Clem. de test. 2. 8, oder cl. 1 de test. 2. 8.

[3] Es gibt von ihnen zwei Sammlungen. a) Extravagantes Joannis XXII. b) Die s. g. extravagantes communes, von Urban IV. bis Sixtus IV. Richter Kirchenrecht §. 77. 79.

[4] Welches aber nur an denjenigen Orten (in denjenigen Pfarreien) gilt, wo es publicirt worden ist. Vgl. Uihlein Arch. f. civ. Pr. XIII S. 127—129.

[5] Die Rheinbundsacte Art. 2 hat zwar aufgehoben: „toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu' à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses Sérenissimes les Rois et let Princes et le comte dénommés en l'article précédent, leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux"; aber diese Bestimmung hatte nur die staatsrechtlichen auf den deutschen Reichsverband sich beziehenden Verhältnisse im Auge, und ist von den Regierungen und Gerichten nie in anderem Sinne angewendet worden.

[6] Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747. IV. Fol. Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer Ordnung. Karlsruhe 1786—1794. XI. 8. (der 10. Theil enthält das Privatrecht). Emminghaus Corpus Juris Germanici tam publici quam privati academicum. Jena 1824. 2. Aufl. 1844. II. 8.

[7] Consilia, consultationes, responsa, decisiones. Vgl. J. C. C. Schröter repertorium iuris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa etc. Lips. 1793. 1794. II. 8. Hempel lexicon iuridicio-consultatorium. Francof. et Lips. 1751—1756. X. fol. Litt. A—Ed. Girtanner Repertorium der deutschen civilistischen Praxis für das gemeine Recht. Jena 1855. 8. Nachweisungen der einzelnen Sammlungen in Lipenii Bibliotheca realis iuridica und deren Supplementen (§. 12 Note 1) unter den genannten Worten; eine Uebersicht bei Maurenbrecher deutsches Privatrecht 2 Aufl. I S. 78 fg., Vangerow I §. 10[a.] Die neuere Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe enthält folgende höchst verdienstvolle Sammlung: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. Herausgegeben von J. A.

welche das gemeine deutsche Recht in derjenigen Gestalt, wie es praktisch angewendet wird, darstellen wollen[8].

III. Bedeutung des Pandektenrechts.

§. 6

Die Bedeutung des Pandektenrechts besteht zunächst darin, daß es für einen großen Theil Deutschlands in Ermangelung entgegenstehender particularrechtlicher Bestimmungen Gesetzeskraft hat.

Andere und weite Gebiete Deutschlands sind zwar dieser seiner Herrschaft durch Acte der Territorialgesetzgebung entzogen, es sind für sie eigene Gesetzbücher erlassen worden[1]; aber auch für diese Gebiete ist die Bedeutung des Pandektenrechts kaum eine geringere. Denn die Gesetzbücher, welche in ihnen an seine Stelle getreten sind, enthalten zu einem sehr großen Theil römi-

---

Seuffert, seit dem 9. Bande von J. A. Seuffert und E. A. Seuffert, seit dem 12. von Letzterem allein, seit dem 16. von A. F. W. Preusser. Seit 1847; bisher 22 Bde. 8. Neuer Abdruck in Lexiconformat, in welchem ein Band je 5 Bände der ersten Ausgabe enthalten wird, seit 1866. Besondere Sammlungen für die neuere Praxis bei Maurenbrecher a. a. O. und Thöl Einl. in das deutsche Privatr. §. 21 Note 9. 12, Puchta §. 6[a] Note e, Beseler deutsch. Privatr. §. 42 Nr. IV.

[8] Für die frühere Zeit sind hervorzuheben die §. 12 unter A. 5. 6 näher bezeichneten Werke von Schilter und Stryk.

[1] Für Preußen, mit Ausnahme weniger Gebiete [abgesehen von den neu er- § 6
worbenen], gilt das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten" (1794), für Oesterreich das „Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie" (1811), für das K. Sachsen das „bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" (1863. 1865). Außerdem gilt das französische Gesetzbuch für die deutschen Länder am linken Rheinufer, für einen kleinen Theil der rechtsrheinischen Seite der Preußischen Rheinprovinz (das ehemalige Herzogthum Berg), und in einer Uebersetzung mit Zusätzen als „Badisches Landrecht" für das Großherzogthum Baden. Neue Gesetzbücher werden [wurden?] vorbereitet im Großherzogthum Hessen (der Entwurf gedruckt in 4 Abtheilungen, Darmst. 1842—1853), und im Königreich Bayern (ein Theil des Entwurfs gedruckt, München 1861. 1864). Ein „Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse" ist von einer in Dresden tagenden Commission ausgearbeitet worden (publicirt 1864. 1866). — Das 1756 für Bayern publicirte „Churbayerische Landrecht" (Codex Maximilianeus) will auf der einen Seite in der Hauptsache nur den Inhalt des gemeinen

sches Recht[2], d. h. die Ansichten ihrer Verfasser darüber, was der wahre Inhalt des römischen Rechts und was davon anwendbar sei, so daß sowohl das richtige Verständniß dieser Gesetzbücher, als die Möglichkeit ihrer Verbesserung eine genaue Kenntniß des römischen Rechts und seiner heutigen Anwendbarkeit zur wesentlichen Voraussetzung hat.

Aber auch abgesehen von einer irgendwelchen, früheren oder gegenwärtigen, gesetzlichen Geltung hat das römische Recht eine nicht hoch genug anzuschlagende Bedeutung für ganz Europa, ja für die ganze civilisirte Welt[3]. Und zwar aus einem doppelten Grunde. Einmal deßwegen, weil sein Inhalt zu einem großen Theil nicht auf der Besonderheit gerade des römischen Volksgeistes beruht, sondern nichts ist, als der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassungen allgemein menschlicher Verhältnisse, nur mit einer Meisterschaft entwickelt, welche keine Jurisprudenz und keine Gesetzgebungskunst seitdem zu erreichen verstanden hat, — daher unmittelbar verwerthbar, wo civilisirte Menschen zusammenwohnen[4]. Sodann deßwegen, weil, ganz abgesehen von seinem Inhalt, das römische Recht durch seine formale Ausbildung berufen ist, Muster und Schule des juristischen Denkens und juristischen Schaffens zu sein. Die Begriffe des römischen Rechts sind immer

---

Rechts in anderer Ordnung und Sprache wiederholen, und schließt andererseits die subsidiäre Geltung der fremden Rechte nicht aus. — Für das Wechselrecht gilt jetzt in allen deutschen Staaten, die „allgemeine deutsche Wechselordnung" (1847), für das Handelsrecht in fast allen das „allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch" (1861).

[2] Das ist selbst für das französische Gesetzbuch wahr, in welchem, als einem aus der Revolution hervorgegangenen Werke, man am Ehesten einen vollständigen Bruch mit dem früheren Recht zu finden erwarten könnte. Namentlich das Obligationenrecht ist zu einem großen Theil wenig mehr, als ein Auszug aus den verschiedenen traités von Pothier.

[3] Die Modificationen, welche seine Geltung als gemeines Recht für Deutschland bedingen, kommen in dieser Beziehung nicht in Betracht. Es ist dieß nicht sowohl eine Bedeutung des Pandektenrechts, als des im Pandektenrecht enthaltenen römischen Rechts.

[4] Vorzugsweise — obgleich bei Weitem nicht allein — gehören hierher die Sätze, durch welche der Inhalt der Willenserklärungen, der ohne Vergleich wichtigsten Gründe der in den Privatrechtsverhältnissen eintretenden Veränderungen, auseinandergelegt wird. Z. B. was ist der Inhalt eines Kaufgeschäftes, eines Miethgeschäftes? Was heißt Bedingung, Befristung?

scharf und präcis, und doch sind sie immer elastisch, immer bereit, sich jedem neu auftretenden Lebensbedürfnisse zu öffnen, und den Anforderungen desselben in sich Raum zu gewähren; das römische Recht ist immer klar, und doch nie abstract. Wenn einerseits das ältere deutsche Recht Gefahr lief, über der reichen Ausbildung des Details die begriffliche Zusammenfassung desselben zu vernachlässigen, und andererseits der deutsche Geist leicht an der Klippe dogmatischer Abstraction scheitert: so ist gerade für Deutschland das römische Recht ein heilsames Mittel der Zucht gewesen, das, wie es seinen Werth bewährt hat, hoffentlich nie wird mißachtet werden[5].

[5] Ueber den Werth des römischen Rechts ist seit der Zeit, wo die Entwickelung der neueren Philosophie die unbedingte Verehrung, welche ihm bis dahin gezollt worden war, durchbrochen hat, viel gestritten worden, und noch jetzt begegnet man Ansichten, welche nach den Extremen auseinanderschwanken. Wenn auf der einen Seite das römische Recht noch immer als das absolute Recht gepriesen wird (G. Lenz über die geschichtliche Entstehung des Rechts 1844), hört man auf der anderen Seite versichern, daß dasselbe auf einer principiell verwerflichen Grundlage beruhe (C. A. Schmidt [von Rostock] der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht, 1. [einziger] Band 1853). Das römische Recht verdient nicht jenen Preis und nicht diesen Tadel. Das römische Recht ist nicht das absolute Recht; ein absolutes Recht gibt es überhaupt nicht; auf dem Gebiet des Rechts wie auf allen anderen Gebieten enthüllt sich die Wahrheit nur der fortschreitenden Arbeit des Menschengeistes. Aber das römische Recht ist das Resultat der Rechtsarbeit desjenigen Theils der Menschheit, dem unter allen Völkern, welche bisher in der Geschichte aufgetreten sind, die größte Begabung für die Cultur des Rechts zu Theil geworden war. Das römische Recht ist nicht das Recht, so wenig wie die griechische Kunst die Kunst ist; aber das geistige Kapital der Menschheit ist durch die griechische Kunst nicht in höherem Maße bereichert worden, als durch das römische Recht. Vgl. §. 10 Note 4. — Ein richtiges Urtheil über den Werth und die Bedeutung des römischen Rechts zu begründen, ist vor Allem geeignet die von Ihering in seiner Schrift über den Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung (1. Bd. 1852, 2. Bd. 1854. 1858, 3. Bd. 1. Abth. 1865, 1. Bd. u. 2. Bd. 1. Abth. 2. Aufl. 1866) unternommene, auf die Darlegung der letzten und eigentlichen Gedanken des römischen Rechts gerichtete Arbeit. Außerdem sind aus der hierher gehörigen Literatur noch zu nennen: K. D. A. Röder Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts (1855). Fr. v. Hahn die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Principien (1856; der Form nach Gegenschrift gegen die oben genannte Schrift von Schmidt).

IV. Literatur.

§. 7.

Die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts hat seit ihrer Wiedererweckung in der Schule von Bologna sehr verschiedene Stadien durchlaufen. Es soll hier eine übersichtliche Darstellung der Geschichte ihrer Entwickelung gegeben werden[1].

Was zunächst die Schule von Bologna selbst angeht, so war die Hauptthätigkeit der Lehrer derselben, in Vorlesungen und Schriften, exegetischer Natur; davon (von dem Glossiren des Textes) haben sie auch ihren Namen Glossatoren. Das Resultat ihrer Arbeit verdient noch jetzt unsere Anerkennung; indem sie nicht bei den einzelnen auszulegenden Stellen stehen blieben, sondern dieselben mit anderen auf den gleichen Gegenstand bezüglichen Stellen des Corpus Juris in Verbindung brachten, haben sie für das Verständniß der Quellen Bedeutendes geleistet. Ihr Mangel besteht darin, daß ihre Behandlungsweise nicht zugleich eine geschichtliche war; es fehlte ihnen in gleichem Maße an geschichtlichen Kenntnissen, wie an geschichtlichem Sinn; für sie war der Inhalt des römischen Rechts nicht das Resultat einer durch Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwickelung, sondern lediglich die Gesetzgebung Justinians[2].

---

§. 7. [1] Das Nähere ist, was die Zeit bis zum Ende des 15. Jahrh. angeht, erschöpfend dargestellt in dem in §. 3 Note 2 genannten Werke Savigny's: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Für die folgende Zeit fehlt es an einer genügenden Bearbeitung der juristischen Literaturgeschichte überhaupt und der des römischen Rechts insbesondere. Die Schrift von Hugo: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte (des civilistischen Cursus 6. Band), 3. Aufl. Berlin 1830, ist viel mehr Geschichte der Schriftsteller, als der Wissenschaft. Eingehender wird der wissenschaftliche Charakter der Schriftsteller und ihr Verdienst gewürdigt in: Haubold institutiones iuris Romani litterariae, 1. (einziger) Band. Lipsiae 1809.

[2] Vgl. Savigny a. a. O. V S. 222—240. — Unter den Glossatoren sollen hier die namhaftesten derjenigen, von welchen Glossen herrühren, genannt werden; es sind: Irnerius, der Stifter der Schule, um 1100; Bulgarus, Martinus, Jacobus, Hugo, zusammen die quatuor doctores genannt, um die Mitte des 12. Jahrh.; Rogerius, zweite Hälfte des 12. Jahrh.;

Mit der zweiten Hälfte des 13. Jahrh. trat, während dieser Mangel fortdauerte, ein Verfall der bisherigen Bestrebungen ein. Derselbe zeigt sich in einem Zwiefachen: zunächst in einem Mißbrauch dialectischer Formen, wodurch an die Stelle des Eingehens auf das Wesen der Sache ein hohler Formalismus gesetzt wurde, sodann darin, daß der Blick sich von den Quellen abwandte und hauptsächlich auf Dasjenige richtete, was Andere, namentlich die Glosse, darüber gesagt hatten; weßwegen man auch die Juristen dieser Periode die Commentatoren zu nennen pflegt. Dazu kommt eine unerträgliche Weitläufigkeit und Geschmacklosigkeit der Darstellung, welche die Schriften dieser Zeit fast unlesbar macht. Dieser Zustand dauerte durch das 14. und 15. Jahrh. hindurch; die bereits seit dem 14. Jahrh. wieder erwachende und im 15. mit Eifer gepflegte Alterthumswissenschaft blieb zunächst auf die Jurisprudenz ohne Einfluß[3].[4]

Placentinus + 1192; Johannes Bassianus, des Vorigen Zeitgenosse; Pillius, etwas später; Azo + nach 1220; Hugolinus + 1233. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. IV Bd. V S. 1—262.

[3] Savigny a. a. O. V S. 225—228. 298. 299. 335. 353—356. VI S. 1—25. In Betreff der Verdrängung der echten Quellen durch die Glosse ist merkwürdig eine Aeußerung des Commentators Rafael Fulgosius (+ 1427): „Nostis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter praescriptam idolatriam per advocatos, significans quod, sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorent glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam iudex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?" (Raf. Fulgosius in l. Si in solutum C. de oblig. et act., bei Heineccius hist. iur. §. 417). Das ging immer weiter. In einer Stelle aus einem handschriftlichen Werke des 15. Jahrh. (bei Savigny a. a. O. V S. 299 Note g) heißt es: „Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas". Es kam vor, daß in den Vorlesungen während eines Jahres nur 5 Stellen des Corpus Iuris behandelt wurden, und es gab Lehrer, die sich mit der Erläuterung einer Titelrubrik zwei Monate beschäftigten. G. Panzirolus de claris legum interpretibus II cap. 4.

[4] Die (für das römische Recht) namhaftesten Commentatoren sind: Odofredus + 1265, Cinus 1270—1334, Albericus de Rosciate + nach 1350, Bartolus 1314—1357, Baldus 1327—1400, Jason 1435—1519. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. V in der zweiten Hälfte und Bd. VI.

§. 8.

Erst im 16. Jahrh. kam eine bessere Methode zur Herrschaft. Indem die neu erlangte Kunde des Alterthums nun auch für die Rechtswissenschaft verwerthet wurde, brach sich zum ersten Mal das Bestreben Bahn, den Sinn des römischen Rechts auf Grund der Einsicht in seine historische Entwickelung zu begreifen. Der Sitz dieser Bestrebungen ist vorzugsweise Frankreich, weßwegen man auch von einer französischen Schule spricht; der größte Name derselben ist der des Jacobus Cujacius[1]. Neben dieser historischen Richtung macht sich aber auch bereits eine systematische geltend; nach dieser Seite reiht sich an den Namen des Cujacius ebenbürtig der des Hugo Donellus an[2].

Von diesem Aufschwunge der Wissenschaft ist Deutschland weniger berührt worden, als andere Länder[3]. Während die

---

§ 8. [1] Jacques Cujas, geb. 1522 gest. 1590. Die Beschreibung seines Lebens von Berriat-Saint-Prix steht hinter dessen Geschichte des römischen Rechts, deutsch von Spangenberg (1822). Gesammtausgabe seiner Werke c. Fabroti Paris. 1658. X. f., Neap. 1722 sq. XI. f., das. 1757. XI. f., Venet. et Mut. 1758 sq. XI. f. Dazu: Dominici Albanensis promptuarium universorum operum Jac. Cuiacii. Neap. 1763. II. f., Mut. 1795. II. f. Vgl. Thibaut Arch. f. civ. Pr. XIII. 11. 21.

[2] Hugues Doneau (d'Onneau? vgl. Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I S. 141 Note 71), geb. 1527 gest. 1591. Seine „Commentarii iuris civilis“ sind nicht die erste systematische Darstellung des römischen Rechts (schon vor ihnen erschien eine solche unter gleichem Titel von Franciscus Connanus 1553), aber eine Darstellung von der Art, daß sie noch jetzt auf Beachtung vollen Anspruch hat. Das Werk ist vollständig erst nach seinem Tode von seinem Schüler Scipio Gentilis herausgegeben worden. S. §. 12. B. 2. Eine Gesammtausgabe seiner Werke c. Pellegrini, Lucae 1762 sq. XII. f. [Eyssel Doneau sa vie et ses ouvrages. Dijon 1860. (Uebersetzt aus dem Lateinischen von M. J. Simmoneti.) Stintzing Hugo Donellus in Altdorf. Erlangen 1869]. — Neben Cujacius und Donellus mögen hier aus der französischen Schule noch genannt werden: Duarenus 1509—1559, Anton. Contius 1517—1577, Barnab. Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus 1549—1622, und dessen größerer Sohn Jacobus Gothofredus 1587—1652, der berühmte Commentator des Codex Theodosianus.

[3] Doch gehört der älteste unter den namhaften deutschen Juristen, Ulrich Zasius 1461—1535, zu den Gründern und Führern der neuen Schule. Vgl. überhaupt Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen II S. 22—44, und

Richtung der französischen Schule namentlich in den Niederlanden das 17. und 18. Jahrh. hindurch mit Eifer, freilich nicht immer mit dem nöthigen praktischen Sinne, gepflegt wurde[4], lenkte in Deutschland das Bedürfniß früh das Hauptaugenmerk auf das Bestreben, das römische Recht für die Anwendung in den Gerichten zurechtzumachen. Dieses Bestreben füllt das 16. 17. und 18. Jahrh. aus. Die Schriftsteller dieser Periode, die s. g. Praktiker, haben für die tiefere Einsicht in den wahren Sinn des römischen Rechts nicht viel geleistet; ihr Verdienst und ihre Bedeutung liegt aber darin, daß sie dem römischen Recht gegenüber vielfach einheimische und moderne Rechtsanschauungen zur Geltung gebracht, und so dem römischen Recht diejenige Gestalt gegeben haben, in welcher es in Wirklichkeit für uns gilt[5]. — Der Einfluß der neueren Philosophie, welche sich in Deutschland seit dem letzten Viertel des 17. Jahrh. geltend macht (Periode des s. g. Naturrechts), hat die Ausbildung der allgemeinen Begriffe und die systematische Auffassung des römischen Rechts gefördert, er hat auch nicht wenig dazu beigetragen, ein unbefangenes Urtheil über die dem römischen Recht in Deutschland gebührende Stellung zu begründen: auf die tiefere Erkenntniß seines Inhalts hat er eher ungünstig als günstig gewirkt. — Die namhaftesten civilistischen Schriftsteller Deutschlands bis zum Schlusse des 18. Jahrh. sind in der Note[6] genannt.

über Zasius insbesondere die Schrift von Stintzing: Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. 1857. Opera omnia Francof. 1590. 1595. 6 Bde., und sonst.

[4] Aus der niederländischen Schule seien hier genannt: Arnold Vinnius 1588—1657, Ulr. Huber 1636—1694, Joh. Voet 1647—1714, Ger. Noodt 1647—1725, Anton Schulting 1659—1734, Ortw. Westenberg 1667—1737 (ein geborener Deutscher).

[5] Vgl. Bruns im Jahrb. des gem. R. I S. 90—92.

[6] Joach. Mynsinger + 1588, Andreas Gaill 1526—1587, Matthäus Wesembeck 1531—1586 (ein geborener Niederländer), Herm. Vultejus 1555—1634, Joh. Harppprecht 1560—1639, Christoph Besold 1577—1638, Rein. Bachov von Echt + 1635, Matth. Berlich + 1638, Bened. Carpzov 1595—1666, Joh. Brunnemann 1608—1672, David Mevius 1609—1670, Wolfg. Ad. Lauterbach 1618—1678, Ge. Ad. Struve 1619—1692, Joh. Schilter 1632—1705, Sam Stryk 1640—1701, Christ. Thomasius 1655—1728, J. H. v. Berger 1657—1732,

§. 9.

Eine neue Belebung der Wissenschaft des römischen Rechts und der Rechtswissenschaft überhaupt ging mit der Scheide des 18. und 19. Jahrh. von dem gleichen Punkte aus, von welchem ihr bereits im 16. Jahrh. neues Leben zugeflossen war; es wurde die geschichtliche Betrachtung wieder in ihre Rechte eingesetzt. Das römische Recht wurde wieder erfaßt als das Resultat einer durch lange Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwickelung, und in dieser Entwickelung suchte und fand man den Aufschluß über den wahren Sinn der Bestimmungen des Corpus juris. Deßwegen heißt auch die neue Schule, welche um die angegebene Zeit aufkam, die historische Schule. Der Grund derselben wurde bereits gelegt durch Gustav Hugo (1764—1844)[1], ihr größter Name und anerkanntes Haupt ist Friedrich Carl von Savigny (1779—1861)[2]. Von der historischen Schule des 16. Jahrhunderts unterscheidet sich diese neuere historische Schule vornehmlich durch ihre gesteigerte Aufmerksamkeit auf die scharfe Ausprägung der

---

Just. Henn. Böhmer 1674—1749, J. B. v. Wernher 1675—1742, Sam. v. Cocceji 1679—1756, J. G. Heineccius 1681—1741, Augustin. v. Leyser 1683—1752, Dav. Ge. Strube 1694—1775, Fr. Es. v. Pufendorf (1707—1785), Ge. Ludw. Böhmer 1715—1797, Joh. Aug. Hellfeldt 1717—1782, Joh. Aug. Bach 1721—1758, Ludw. Jul. Fr. Höpfner 1743—1796, Carl Chr. Hofacker 1749—1793, Phil. Fr. Weis 1766—1808, der Lehrer Savigny's, Chr. Fr. Glück 1755—1831.

§. 9. [1] Vgl. Savigny, der zehente Mai 1788, Zeitschr. f. gesch. RW. IX. 13.

[2] Savigny hat nicht bloß das Programm der historischen Schule formulirt (s. §. 10 Note 1), sondern schon vorher hatte er durch die Bearbeitung einer einzelnen Lehre (die Lehre vom Besitze 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl. nach des Verf. Tode 1865) ein Muster für die Behandlung des römischen Rechts gegeben. Seine Hauptwerke sind außerdem die bereits genannte „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter" und sein „System des heutigen römischen Rechts" (§. 11). Vgl. v. Scheurl Einige Worte über Friedr. Carl v. Savigny (1850). Arndts's Rede zur Feier des Andenkens an Friedr. Carl von Savigny, gehalten am 31. Oct. 1861, krit. VJSchr. IV S. 1 fg. Heydemann Rede bei der von der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 29. November 1861 veranstalteten Savignyfeier, deutsche Gerichtszeitung 1861 Nr. 90. Ihering Friedrich Carl von Savigny, Jahrb. f. Dogm. V. 7 (1861). Stintzing Friedrich Carl von Savigny (1862). Rudorff Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken. Zeitschr. f. RGesch. II S. 1—69 (1863). v. Bethmann-Hollweg Erinnerung an Friedrich Car

Begriffe und auf den Nachweis des systematischen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Sätzen des römischen Rechts. In dieser Beziehung verdient namentlich genannt zu werden Georg Friedrich Puchta (1798—1846), der bedeutendste unter den Schülern Savigny's[3].

Die geschichtliche Behandlung des römischen Rechts ist noch jetzt die herrschende. Wenn die historische Schule nicht ohne Oppositionen geblieben ist (§. 10), so ist durch dieselben doch nie die Wahrheit des Satzes in Frage gestellt worden, daß eine erschöpfende Einsicht in das Wesen des römischen Rechts, wie jedes positiven Rechts überhaupt, nur auf dem Wege geschichtlicher Erforschung gewonnen werden kann. Es handelte sich bei diesen Oppositionen um andere Dinge[4].

§. 10.

Die Richtung, welche sich der historischen Schule gleich zu Anfang entgegenstellte, und welche man mit dem Namen der philosophischen Schule bezeichnet hat, stritt mit der historischen Schule nicht sowohl über die Frage nach der richtigen Methode der Erforschung eines gegebenen positiven Rechts, als vielmehr über die Frage, wie ein positives Recht fortzubilden sei; hier betonte

von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ, Zeitschr. f. RGesch. VI S. 42 fg. (1867).

[3] Nekrologe dieses für unsere Wissenschaft viel zu früh geschiedenen Mannes von Stahl und Wetzell finden sich in der Beilage zur Augsb. allg. Zeitung vom 5. Februar 1846, und in den krit. Jahrb. der deutschen RW. 1846 S. 283 fg. und in Huber's Janus 1846 S. 337 fg. (beide auch abgedruckt in der Ausgabe Rudorff's von Puchta's kleinen civil. Schriften). Unter den anderen Schriftstellern, welche dieser Periode und Richtung angehören, sollen nur noch die bedeutendsten unter den bereits Verstorbenen genannt werden; unmittelbare Schüler Savigny's sind sie nur zum kleinen Theil. Es sind: Joh. Fr. Ludw. Göschen 1778—1837, Arn. Heise 1778—1851, Joh. Christ. Hasse 1779—1830, Ed. Schrader 1779—1860, Albr. Schweppe 1783—1829, Christian Friedr. Mühlenbruch 1783—1843, Eg. v. Löhr 1784—1851, Dan. Unterholzner 1787—1838, C. A. O. Klenze 1795—1838, Friedr. Ludw. (v.) Keller 1799—1860.

[4] Vgl. S. J. Hingst proeve eener geschiedenis der historische school, 1859. Darüber Windscheid krit. VJSchr. II S. 307—309. — Ueber die Schrift von K. J. Seitz: das practische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule (1865) s. Bekker krit. VJSchr. VII S. 464—470.

die historische Schule mehr das geschichtliche Werden, die s. g. philosophische mehr das autonome Machen[1]. Daneben wurde aus der Mitte der philosophischen Schule allerdings auch darauf hingewiesen, das für die Rechtswissenschaft als praktische Wissenschaft die historische Erforschung nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck sein dürfe. Und in der That läßt sich nicht leugnen, daß gerade was das römische Recht angeht nicht alle Vertreter der historischen Schule immer mit gehöriger Bestimmtheit sich zum Bewußtsein gebracht haben, daß die letzte Frage, um welche es sich für uns handelt, nicht die ist, wie das römische Recht zu irgend einer Zeit gewesen ist, sondern die, wie es bei uns heutzutage zur Anwendung zu kommen hat[2].

Eine andere Opposition, welche der historischen Schule in den letzten Jahren erwachsen ist, bezieht sich speciell auf die Herrschaft des römischen Rechts in Deutschland. Man fing an, wie, freilich von einem andern Standpunkte aus, bereits das Naturrecht gethan hatte, die Berechtigung dieser Herrschaft in Frage zu stellen; man machte geltend, daß das römische Recht ein fremdes Recht sei, daß es zum großen Theil todtes Material enthalte, daß das deutsche Recht durch dasselbe in ungebührlicher Weise verkümmert

---

§. 10. [1] Der Gegensatz wurde in aller Schärfe zum Ausdruck gebracht bei Gelegenheit der von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772—1841) aufgeworfenen Frage, ob nicht nach der Verjagung der Franzosen aus Deutschland es an der Zeit sei, auch das Joch des fremden Rechts durch Abfassung eines gemeinschaftlichen deutschen Gesetzbuches abzuschütteln. Thibaut bejahte diese Frage („über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland" 1814, 3. Ausg. 1840), während Savigny in seiner berühmten Gegenschrift „über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung" (1814, neu aufgelegt 1828. 1840) der Zeit die Fähigkeit zu einer Gesetzgebung absprach, welche in der Hauptsache doch nichts Anderes sein werde, als eine Redaction des geltenden Rechts; dieses zu erkennen sei die Aufgabe; eine Besserung des vorhandenen Zustandes sei von der Wissenschaft zu erwarten, nicht von der Gesetzgebung. In dieser Schrift ist das eigentliche Programm der historischen Schule enthalten: das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke. Vgl. noch, auch über das im Texte sogleich Folgende, Thibaut über die s. g. historische und nicht-historische Schule, Arch. f. civ. Pr. XXI 16. (1838).

[2] Von „Verirrungen der sogenannten historisch-juristischen Methode" sprach bereits im Jahre 1827 Hasse, Rhein. Museum I S. 66.

und zurückgesetzt worden sei[3]. Ein lebhafter Streit, welcher in Folge davon zwischen „Romanisten" und „Germanisten" entbrannte, hat nicht lange gewährt; der Gegensatz selbst, von welchem jene Opposition ausging, beherrscht noch jetzt die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts. Denn wenn zwar, wie man mit Zuversicht behaupten darf, unter den Einsichtigen jetzt keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber besteht, daß das römische Recht in Deutschland nicht als unberechtigter Eindringling angesehen werden darf, daß es für Deutschland und die ganze moderne Welt dieselbe Bedeutung hat, wie die gesammte antike Cultur, von welcher es ein Zweig ist, daß auch in Betreff des römischen Rechts, wie in Betreff der gesammten antiken Cultur, unsere Aufgabe nicht die ist, es wegzuwerfen und auszuweisen, sondern vielmehr umgekehrt die, es geistig in uns aufzunehmen und durch innerliche Verarbeitung unter Ausstoßung des Widerstrebenden und nicht Assimilirbaren aus einem fremden Rechte zu unserem eigenen zu machen: so läßt sich doch nicht verkennen, daß sich bei den verschiedenen Bearbeitern des römischen Rechts ein verschiedener Grad der Energie des Strebens nach einer solchen Verdeutschung des römischen Rechts bemerkbar macht[4]. Wie weit man übrigens

---

[3] Hervorzuheben sind hier hauptsächlich zwei Werke: J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts 1. (einziger) Bd. 1839, und G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht 1843. Kierulff verlangte, daß auf Grund der in der Gegenwart eine allgemeine Anerkennung genießenden Principien, gleichviel welches ihre ursprüngliche Quelle sei, ein neues Recht geschaffen werde, welches nicht aus dem Corpus Juris seine Autorität zu empfangen, sondern umgekehrt erst diesem Autorität zu geben habe. Beseler griff den Satz an, durch welchen die historische Schule die Geltung des römischen Rechts in Deutschland, von der doch nicht zu leugnen war, daß sie aus der Gesammtheit des Volkes nicht hervorgegangen sei, vor sich selbst gerechtfertigt hatte, den Satz, daß bei entwickelteren Verhältnissen sich die rechtsproducirende Kraft des Volkes aus der Gesammtheit desselben in die Juristen als seine natürlichen Vertreter zurückziehe; Beseler behauptete, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes wohl sein könne, aber nicht nothwendig sei, und daß namentlich das Rechtsbewußtsein der deutschen Juristen bei der Reception des römischen Rechts ein solcher Ausdruck nicht gewesen sei. Vgl. §. 16 und die folgende Note. eben Kierulff und Beseler ist noch zu nennen: Bluntschli die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen 1841, 2. Aufl. 1862.

[4] Es liegt auf der Hand, daß es dabei nicht ohne Einfluß sein kann, welche principielle Stellung man zu der von Beseler angeregten Frage

auch in diesem Streben gehen mag, für die praktische Anwendung wird, wenn nicht eine heillose Verwirrung entstehen soll, unter allen Umständen festgehalten werden müssen, daß das römische Recht so lange zur Anwendung gebracht werden muß, wie es im Corpus juris enthalten ist, als sich nicht darthun läßt, daß seine Sätze wegen Mangels der Verhältnisse, auf welche sie sich beziehen, oder weil sie auf einem weggefallenen römischen Princip beruhen, oder weil sie mit einem Grundprincip der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch stehen, unanwendbar, oder daß sie durch eine entgegenstehende Rechtsquelle aufgehoben sind.

(Schluß der vorigen Note) einnimmt. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. Wenn man sagt, das Rechtsbewußtsein der deutschen Juristen sei bei der Reception des römischen Rechts der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes gewesen, so kann dieß einen doppelten Sinn haben. Man kann damit meinen, daß das im Gefühl der Gesammtheit bereits Lebende sich in dem Geiste der Juristen zur Klarheit der Ueberzeugung erhoben habe: man kann damit aber auch meinen, daß zwar die Gesammtheit einen irgendwelchen rechtlichen Eindruck überhaupt nicht gehabt, sich aber in dem Geiste der deutschen Juristen ein der besonderen Art und Weise gerade des deutschen Volkes entsprechendes, seinem Wesen gemäßes Rechtsbewußtsein ausgebildet habe. Man wird weder in dem einen noch in dem anderen Sinne behaupten dürfen, daß das Bewußtsein der deutschen Juristen von der Geltung des Corpus Juris als solchen ein nationales gewesen sei; in dem ersten Sinne nicht, weil der Inhalt des Corpus Juris der großen Mehrheit des deutschen Volkes ganz unbekannt war; in dem zweiten Sinne nicht, weil die Juristen eben das Corpus Juris als solches, ohne Unterscheidung zwischen den einzelnen Sätzen, ob sie paßten oder nicht, für verbindlich erachteten. Sie standen dabei unter dem Einfluß einer geistigen Strömung, welche freilich ihre ganze Zeit beherrschte, der widerstandlosen Hingabe an die antike Cultur, deren Glanz das Auge blendete. Diese Hingabe ist eine geschichtliche Thatsache, die sich auf dem Gebiete des Rechts vollzogen hat, wie auf anderen Gebieten; sie ist auch, mit ihren Resultaten gemessen, keine zu beklagende Thatsache, denn sie hat das geistige Besitzthum unseres Volkes in einem nicht hoch genug anzuschlagenden Maße vermehrt; aber eine nationale That war sie, wie sie erfolgte, nicht. Eine nationale That wäre sie gewesen, wenn die Hingabe eben keine widerstandlose gewesen wäre, wenn der Geist der Juristen in der Reception ein deutscher geblieben wäre, nur ein anders geeigenschafteter deutscher. Das aber ist nicht der Fall er ist in der Reception ein fremder geworden. Erst allmälig hat er sich ermannt und sich auf seine Nationalität gleichsam erst wieder besonnen; die Juristen haben Hand an's Werk gelegt, die Sätze des Corpus Juris zu sichten, das Fremdartige auszustoßen, das Homogene in das Gefüge des nationalen

§. 11.

Was die Form der wissenschaftlichen Darstellung angeht, so blieb die exegetische Methode bis in das 17. Jahrhundert die herrschende. Von da an wurde es gebräuchlich, das römische Recht zwar nach der Ordnung der Titel der Pandekten, aber in der Weise vorzutragen, daß die in jedem Titel enthaltene Lehre in freier Darstellung abgehandelt wurde (s. g. Legalordnung). Das umfassendste Werk dieser Art, welches zugleich als Abschluß der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts vor der historischen Schule angesehen werden kann, ist das im folgenden Paragraphen näher zu nennende von Glück. Dazwischen treten auch systematische Darstellungen auf, anfangs vereinzelt; seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts haben sie die Pandektenordnung ganz verdrängt. Denselben wurde zunächst das Institutionensystem zu Grunde gelegt, von den Einzelnen noch in verschiedener Weise ausgebildet. Die Grundlage der jetzt gebräuchlichen und auch in diesem Lehrbuch befolgten Anordnung des Stoffes bildet diejenige, welche zuerst Hugo (Institutionen des heutigen römischen Rechts 1789) aufgestellt, und Heise (Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts 1807) näher ausgeführt hat. Das Hauptwerk dieser Richtung ist das leider nur zu einem kleinen Theil vollendete „System des heutigen römischen Rechts" von Savigny (§. 12).

§. 12.

Die bedeutendsten Gesammtdarstellungen des Pandektenrechts[1] sind folgende.

Rechts einzuarbeiten, kurz das römische Recht aus einem fremden zu einem deutschen zu machen. In dieser Entwickelung sind wir noch jetzt begriffen; vollendet ist sie noch lange nicht. Es läßt sich nicht verkennen, daß sie mehr durch die Beseler'sche Auffassung gefördert wird, deren Folge der Zweifel ist, als durch die hergebrachte, bei welcher die Gefahr eines ungehörigen Quietismus wenigstens nahe liegt. — Ihering Geist des röm. R. 2. Aufl. I §. 1 macht gegenüber dem Princip der Nationalität des Rechts das Princip der Universalität geltend: die Reception des römischen Rechts sei der Ausdruck dieses letzteren Princips; die Völker seien in beständigem geistigen Austausch begriffen, und seien bestimmt zum Austausch. Das ist gewiß richtig; aber es folgt daraus nicht, daß nicht die Eigenart eines jeden Volkes in letzter Linie der Maßstab dafür sein muß, ob etwas mit Fug sein Recht ist oder nicht.

[1] Eine Uebersicht der exegetischen Arbeiten s. bei Haubold doctrinae pandectarum lineamenta p. 3 sqq. — Zur Auffindung der in anderen Schrif- §. 12.

A. Nach der Legalordnung.

1) Mathaei Wesembecii Paratitla in Pandectas iuris civilis. Bas. 1568. 1575. f., zuletzt Amstel. 1665. 4.

2) Jac. Cuiacii Paratitla in libros quinquaginta Digestorum s. Pandectarum. Lugd. 1570. 12., Paris. 1641. 12.

3) Justi Meieri Argentoratense collegium. Argent. 1657. III. 4.

4) Joh. Schilteri Exercitationes ad Pandectarum libros. Jenae 1675—1680. 4. Später unter dem Titel: Praxis iuris Romani in foro Germanico. III. fol., zuletzt Francof. 1733.

5) Sam. Strykii Usus modernus Pandectarum. Witenb. 1690—1692. IV. 4., zuletzt Hal. 1746—1780. IV. 4.

6) Ulr. Huberi Praelectiones iuris civilis. Lips. 1707 III. 4., zuletzt Neap. 1784. III. 4.

7) Wolfg. Ad. Lauterbachii Collegium theoretico-

---

ten zerstreuten Ausführungen über die einzelnen Stellen des Corpus Juris dienen folgende Werke: C. Ferd. Hommelii corpus iuris civilis cum notis variorum. Lips. 1768. 8. (zu den Institutionen und Pandekten). Ant Schultingii notae ad Digesta s. Pandectas ed. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804—1835. VII. 8. — Th. Schimmelpfeng Hommel redivivus. Cassel 1858—1859. III. 8. — Nachweisungen über die Bearbeitungen der einzelnen Materien findet man in den allgemeinen bibliographischen Werken: Mart. Lipenii Bibliotheca realis iuridica, post F. G. Struvii et G. A. Jenichenii curas emendata multis accessionibus aucta et locupletata. Lips. 1757. II. f. Mit den Supplementen von Schott 1775, Senkenberg 1789, Madihn 1817—1830. Nössig Repertorium der in den seit 1790 erschienenen praktisch juristischen Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. 1802. 8. Ersch Literatur der Jurisprudenz, fortg. von Koppe 1823. 8. Sickel Repertorium über die 1802—1834 erschienenen Sammlungen von juristischen Aufsätzen und Entscheidungen. 1835. II. 4. Kappler juristisches Promptuarium. Ein Repertorium über alle in d. J. 1800—1837 erschienenen Abhandlungen über die einzelnen Materien aus der gesammten Rechtswissenschaft (mit Ausschluß des Criminalrechts). 2. Ausg. 1837. 8. Schletter Handbuch der juristischen und staatswissenschaftlichen Literatur. 1843. 4. Engelmann Bibliotheca iuridica. 1840. 1848. 8. [Fortgesetzt von Wutte 1868.] Walther Handlexicon der juristischen Literatur des 19. Jahrh. 1854. 8. Für Dissertationen: Vogel lexicon litteraturae academico-iuridicae 1836—38. II. 8. — Eine Darstellung der einzelnen juristischen Materien in alphabetischer Ordnung ist enthalten in: Weiske Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten 1836—1861. XVI. 8.

practicum ad quinquaginta Pandectarum libros. Tub. 1690—1711. III. 4., zuletzt (ed. XVI) das. 1784. III. 4.

8) Ge. Ad. Struvii Syntagma iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Francof. et Lips. 1692—1701. III. 4., ed. III. das. 1738. III. 4.

9) Jo. Voetii Commentarius ad Pandectas. tom. I. Lugd. Bat. 1698. f. tom. II. Hag. Com. 1704 f., Hag. Com. 1707. II. f. und das. öfter, zuletzt Hal. 1776—1780. VI. 8.

10) Just. Henn. Boehmeri Introductio in ius Digestorum. Hal. 1704. 8., zuletzt (ed. XIV.) das. 1791. 8.

11) Jo. Ortw. Westenbergii Principia iuris secundum ordinem Digestorum. Harder. 1712. 8., Lugd. Bat. 1732. 8. und öfter, zuletzt Berol. 1814. II. 8.

12) Ger. Noodtii Commentarius in Pandectas, zu den 4 ersten Büchern Lugd. Bat. 1716. 4., zu Buch 1—27 in Opp. tom. II. Lugd. Bat. 1724. f. und in den späteren Ausgaben seiner sämmtlichen Werke.

13) Jo. Gottl. Heineccii Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Amst. 1728. 8., zuletzt Lips. 1797. 8.

14) Rob. Jos. Pothier Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae. Paris 1748—1752. III., ib. 1820. V. 4.

15) Jo. Aug. Hellfeld Iurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8., zuletzt das. 1806. 8

16) Christ. Friedr. Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1790—1830. XXXIV. 8. 2. Ausg. von I—III. das. 1797—1807. Fortgesetzt von Mühlenbruch Bd. XXXV—XLIII. Erl. 1832—1843. Von Fein Bd. XLIV. XLV. Erl. 1851—1853. [Von Arndts Bd. XLVI. Erl. 1868—1869.]

17) Jul. Frid. Malblanc Principia iuris Romani secundum ordinem Digestorum. Tub. 1801—1802. I. II. 1. 2. 8.

B. Systematische Darstellungen.

1) Franc. Connani Commentariorum iuris civilis libri X. Paris 1553. II. f., zuletzt Neap. 1724. II. f.

2) Hug. Donelli Commentarii iuris civilis, lib. 1—11 Francof. 1589. 1590. II. f., l. 12—28 cura Sc. Gentilis. Fran-

cof. 1595—1596. III. f. Neue Ausgabe von König und nach dessen Tode von Bucher. Norimb. 1801—1834. XVI. 8. Vgl. Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I S. 143—146.

3) Herm. Vulteii Iurisprudentiae Romanae a Iustiniano compositae L. II. Marb. 1590. 8., zuletzt das. 1748. II. 8.

4) Ge. Ad. Struvii Iurisprudentia Romano-Germanica forensis. Jen. 1670. 4., zuletzt Bamb. 1767. 8.

5) Jean Domat les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689—1697. V. 4., zuletzt Paris. 1777. II. f.

6) Jo. Henr. de. Berger Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati. Lips. 1712. 4., zuletzt Lips 1801. 4.

7) Car. Christoph. Hofacker Principia iuris civilis Romano-Germanici. Tub. 1788—98. III. 8., das. 1800—1803. III. 8.

8) Gust. Hugo Institutionen des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1789. 8. Mit verändertem Titel öfter, zuletzt (7. Ausg.) unter dem Titel: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Berlin 1826. 8.

9) Ant. Friedr. Just. Thibaut System des Pandektenrechts. Jena 1803. II. 8., 8. Ausg. Jena 1834. II. 8., 9. Ausg., nach des Verf. Tode besorgt durch v. Buchholtz. Jena 1846. II. 8.

10) Gottl. Hufeland Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiärischen Civilrechts. Gießen 1808—1814. II. 8.

11) Albr. Schweppe Das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. III. 8., 4. Ausg. vom 3. Bande an fortgesetzt von Mejer) Gött. 1828—1834. V. 8.

12) Ferd. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts Gießen 1814, 10. Ausg. das. 1833. II. 8., nach des Verf. Tode zum 11. u. 12. Male herausgegeben von Roßhirt Gießen 1837—1842. II. 8., zum 13. u. 14. Male von Fritz. Wien 1851. 1862.

13) J. N. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. München 1822—1825. III. 8., 5. von J. A. Fritz besorgte Ausg. München 1837. 1838. III. 8. Dazu: Erläu-

terungen, Zusätze und Berichtigungen von J. A. Fritz. Freiburg 1833—1839. II. 8.

14) Chr. Fried. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum. Hal. 1823—1825. III. 8., ed. 4. ib. 1838. III. 8. Deutsch unter dem Titel: Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle 1835—1836. III. 8. Nach des Verf. Tode neu herausgegeben von v. Madai. Halle 1844. III. 8.

15) Joh. Ad. Seuffert Praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1825. III. 8. Nach des Verf. Tode zum 4. Male herausgegeben von E. A. Seuffert. 1. Band. Würzburg 1860, 2. Band 1. Abth. 1863. [2. Band 2. Abth. 1867.]

16) Ge. Friedr. Puchta Pandekten. Leipzig 1838. Seit der 4. Ausg. herausgegeben von Rudorff, zum 10. Male 1866.

17) J. F. C. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von A. Erxleben. Gött. 1838—1840. III. 8.

18) K. A. von Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marb. 1838—1847. III. 8., 6. umgearbeitete Auflage u. d. T.: Lehrbuch der Pandekten. Marb. 1851—1856. III. 8. Die zwei ersten Bände in einer 7. vermehrten und verbesserten Auflage 1863. 1867. [3. Band 1869.]

19) J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. 1 (einziger) Band. Altona 1839. 8.

20) C. F. Roßhirt Gemeines deutsches Civilrecht. Heidelb. 1840. III. 8.

21) Friedr. Carl von Savigny System des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1840—1849: VIII. 8. Dazu als Fortsetzung: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römi-Rechtes. Berlin 1851. 1853. II. 8. (unvollendet).

22) Carl Friedr. Sintenis Das practische gemeine Civilrecht. Leipzig 1844—1851. III. 8. 2. Aufl. das. 1860—1861. III. 8. [3. Aufl. das. 1869.]

23) Ludw. Arndts Lehrbuch der Pandekten. München 1852. 8. 5. Aufl. das. 1865. 8. [6. Aufl. das. 1868.]

24) Al. Brinz Lehrbuch der Pandekten. 1. Abtheilung. Erl. 1857. 2. Abth. 1. Hälfte. das. 1860. 8. [2. Hälfte 1. u. 2. Liefer. 1868. 1869.]

25) Fr. Ludw. v. Keller Pandekten. Vorlesungen, aus dem Nachlaß des Verf. herausgegeben von Dr. Emil Friedberg. Liepzig 1861. 8. Neuer Abdruck besorgt von Lewis, 1866.

Vorzugsweise eine Sammlung fremder Meinungen enthält folgendes Werk:

Rud. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. Leipzig 1843—1854. III. 8. Zum 3. Male herausgegeben nach des Verf. Tode von Em. Kuntze. Leipzig 1863—1864. III. 8.

[Eine kurze Uebersicht des Pandektenrechts gibt in geistvoller und belehrender Darstellung Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft I S. 249—372 (1869).]

Von den vielen Grundrissen zu Pandektenvorlesungen ist hervorzuheben wegen seiner genauen literarischen Nachweisungen:

Ed. Böcking Pandekten-Grundriß eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts. 5. Aufl. 1861. 8.

Zu nennen ist ferner noch folgendes Werk, welches sich zwar nur auf das reine römische Recht bezieht, aber dasselbe in einer Ausführlichkeit vorträgt, welche das bei Pandektenlehrbüchern gewöhnlich eingehaltene Maß nicht nur erreicht, sondern noch überschreitet:

Ed. Böcking Institutionen, ein Lehrbuch des römischen Privatrechs. 1. Band. Bonn 1843. 8. Zweite Auflage unter dem Titel: Pandekten des römischen Privatrechts, oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. 1. Band. Bonn 1853. 8. 2. Bandes 1. Liefr. Leipzig 1855. 8.

Endlich dürfen nicht übergangen werden zwei Werke, welche, obgleich sie zunächst nur die Bearbeitung eines Particularrechts zum Gegenstande haben, doch auch für das gemeine Recht von ausnehmender Wichtigkeit sind; namentlich das zuerst zu nennende muß zu den bedeutendsten Erscheinungen der juristischen Literatur gerechnet werden.

Carl Ge. (von) Wächter Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2. Band (der erste enthält eine Württembergische Rechtsgeschichte). Stuttgart 1842—1851. (Leider nur der allgemeine Theil!) Dazu von demselben Verfasser: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht. 3 Hefte. Stuttgart. 1845. 1846. 8.

J. Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. u. 2. Band, enthaltend den allgemeinen Theil, Leipzig 1856. 1859; in einem unveränderten Abdruck das. 1863 fg. 6. Band, enthaltend das Erbrecht, das. 1864.

§. 12a.

Noch sollen die für das römische Recht wichtigsten (neueren) Zeitschriften genannt werden.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausg. von Savigny, Eichhorn und Göschen (nach des Letzteren Tode trat zuerst Klenze, dann Rudorff ein). Berlin 1815—1850. 15 Bde.

Archiv für civilistische Praxis, herausg. zuerst von Gensler, Mittermaier, Schweitzer, gegenwärtig nach mannichfachem Wechsel von Francke, v. Linde, Mittermaier, Renaud, v. Vangerow, Anschütz und Fitting. Heidelberg 1818—1866. 49 Bde. [Bd. 50—52. 1867—1869.]

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, herausg. von Hasse, später mit und nach ihm von Blume, Puchta, Puggé, Bethmann-Hollweg, Böcking, Unterholzner. Bonn 1827—1835. 7 Bde.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausg. von v. Linde, Marezoll, v. Wening-Ingenheim, später von den beiden Ersten und v. Schröter, zuletzt von v. Linde und Schulte. Gießen 1827—1865. 20 Bde. und neue Folge Bd. 1—22. Seit dem 22. Bande der neuen Folge ist Nichts mehr erschienen.

Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, herausg. von K. u. W. Sell. Braunschweig 1841—1846. 3 Bde.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft, herausg. von Elvers, Schäffer, Seitz und Hoffmann, gegenwärtig von Emminghaus, Hoffmann, Ihering, Martin und Seitz. Marb. u. Leipzig, später Darmstadt und Leipzig, 1853—1867. 10 Bde. und neue Folge Bd. 1—4. [Bd. 5. 6. 1868. 1869.]

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausg. von v. Gerber und Ihering, gegenwärtig von Ihering allein. Jena 1857—1866. 8 Bde. [Bd. 9. 10 Heft 1. 2. 1868. 1869. Seit dem 10. Bd. herausg. von Ihering und Unger.]

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausg

von Bekker und Muther, seit dem 3. Hefte des 5. Bandes auch von Stobbe. Leipzig 1857—1863. 6 Bde. Wird, was zu bedauern ist, nicht fortgesetzt.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgeg. von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel (†) und Böhlau. Weimar 1861—1869. 8 Bde.

Kritische Zeitschriften (neuere) sind:

Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, herausgeg. von Richter, dann von Richter und Schneider, zuletzt von Schneider allein. Leipzig 1837—1848. 24 Bde.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, herausgeg. von Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen, Pagenstecher, von denen Kleinschrod und Pagenstecher später austraten, während Hillebrand und Stintzing hinzutraten. Heidelb. 1853—1859. 5 Bde.

Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgeg. von Arndts, Bluntschli und Pözl. München 1853—1859. 6 Bde.

Die beiden letzten Zeitschriften sind jetzt zu folgender vereinigt:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg. unter Mitwirkung von Arndts, Bluntschli, Dernburg, Hillebrand, Marquardsen und Stintzing von Pözl, seit dem 6. Bande von Pözl und Bekker. München 1859—1867. 8 Bde. und 9. Bd. Heft 1. 2. [Bd. 9 Heft 3 und 4. Bd. 10. 11. Bd. 12 Heft 1. 1868. 1869. 1870. Seit dem 10. Bande herausgegeben von Pözl und Windscheid.]

V. Anordnung der Darstellung.

§. 13.

Der Darstellung wird hier die jetzt gebräuchliche Anordnung des Stoffes zu Grunde gelegt. Diese Anordnung beruht auf folgender Betrachtung. Alles Privatrecht hat es mit einem doppelten Gegenstand zu thun; es hat zu ordnen: 1) die Vermögensverhältnisse, 2) die Familienverhältnisse. Die Haupteintheilung des Privatrechts ist also die in Vermögensrecht und Familienrecht. Das Vermögensrecht hat zum Gegenstand: a) die Rechtsverhältnisse an Sachen, b) die Rechtsverhältnisse zwischen Person und Person,

Forderungsrechte oder Obligationen[1]. Das Vermögensrecht hat aber noch die fernere Frage zu beantworten, welches das Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen sei; der Inbegriff der Grundsätze über diese Frage bildet das Erbrecht[2]. — Nun gibt es aber rechtliche Grundsätze nicht bloß über die Rechte besonderen Inhalts, es gibt auch rechtliche Grundsätze, welche sich auf die Rechte als solche, abgesehen von ihrem besonderen Inhalt, beziehen. Es gibt ferner rechtliche Grundsätze, welche das Recht selbst, das s. g. Recht im objectiven Sinne, die Vorschriften, auf welchen die Rechte beruhen, zum Gegenstand haben. Diese letzteren Grundsätze sind zwar nicht privatrechtlicher Natur, sondern gehören dem

---

[1] Vgl. §. 40—42. §. 13.

[2] Man streitet darüber, ob das Privatrechtssystem ein System der Rechte oder ein System der Rechtsverhältnisse zu sein habe, mit anderen Worten, ob für die natürliche Zusammengehörigkeit der Rechtsregeln der Inhalt der von ihnen verliehenen Rechte, oder die Bedeutung der Lebensverhältnisse maßgebend sei, welche durch die Rechtsregeln geordnet werden sollen (Puchta Rhein. Museum III S. 297 fg. u. Institutionen I §. 21. 28 fg., Stahl Philosophie des Rechts 3. Aufl. II. 1 S. 293—300; vgl. v. Schröter krit. Jahrbücher IV S. 293, Arndts das. VII S. 196 fg., Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 2). Wenn man zugibt, daß der Familie in der sittlichen Ordnung der Dinge eine selbständige Aufgabe gesetzt ist, so wird man eben deßwegen nicht umhin können, die auf dieses Verhältniß bezüglichen Rechtsregeln denjenigen gegenüber, welche das Wollen der Einzelnen als Einzelner zu ordnen bestimmt sind, als natürliche Einheit zu betrachten, und die Besonderheit des Inhalts der durch sie verliehenen Rechte, abgesehen davon, daß diese Besonderheit keineswegs immer vorhanden ist, und z. B. bei den Familien-Vermögensrechten ganz fehlt, jedenfalls nur den untergeordneten Gesichtspunkt sein lassen dürfen. Ebenso liegt es aber auch was das Erbrecht angeht auf der Hand, daß das Characteristische desselben nicht in einer Besonderheit des Inhalts der Rechte, von welchen es handelt, besteht (was höchstens für die Erbschaft behauptet werden könnte, gewiß aber nicht für das Vermächtniß), sondern in der Eigenthümlichkeit des zu ordnenden Verhältnisses, darin, daß es sich um das Vermögen eines Verstorbenen handelt, seinen Grund hat. Endlich aber läßt sich auch ein befriedigendes System der Rechtsregeln, welche das Vermögen des Lebenden zum Gegenstand haben, auf die bloße Unterscheidung zwischen dem Inhalt der Rechte nicht bauen. Denn die Anordnung der einzelnen Obligationen nach diesem Gesichtspunkt ist undurchführbar, und den Besitz, welcher kein Recht an der Sache, sondern nur ein Rechtsverhältniß zur Sache ist, verweist dieser Gesichtspunkt in das Obligationenrecht, oder in die Lehre von der Ersitzung, — oder in den allgemeinen Theil.

öffentlichen Rechte an; nichtsdestoweniger empfiehlt es sich, in einer vollständigen Darstellung des Privatrechts auch sie nicht zu übergehen. — Die Grundsätze über das Recht und die Rechte überhaupt müssen vorher vorgetragen werden, ehe von den besonderen Rechten gehandelt werden kann. Hiernach ergibt sich folgende Anordnung.

I. Vom Rechte überhaupt.
II. Von den Rechten überhaupt.
III. Sachenrecht.
IV. Obligationenrecht.
V. Familienrecht.
VI. Erbrecht.

Das Familienrecht vor das Erbrecht zu stellen, ist hergebracht, und rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Familienrecht, wie das Sachen- und das Obligationenrecht, es mit den Rechtsverhältnissen der lebenden Person zu thun hat. Die Abtheilungen I und II pflegt man zusammen als „allgemeinen Theil" zu bezeichnen.

Erstes Buch.

Von dem Rechte überhaupt.

Erstes Kapitel.

Quellen des Rechts.

I. Das Gesetz.

§. 14.

Gesetz ist der Ausspruch des Staates, daß Etwas Recht sein soll. Wer die Befugniß habe, im Namen des Staates diesen Ausspruch zu thun, ist eine Frage, welche nur aus dem besonderen Recht der besonderen Staaten beantwortet werden kann[1]. In den deutschen monarchischen Staaten steht, wie die gesammte Staatsgewalt, so auch die Gesetzgebungsgewalt dem Fürsten zu; jedoch ist derselbe in den meisten bei Ausübung dieser Gewalt an die Zustimmung der Landesvertretung gebunden. Wo dieß der Fall ist, ist ein von dem Landesherrn ohne Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz kein gültiges Gesetz, und der Richter darf es seinen Entscheidungen nicht zu Grunde legen[2]. —

---

[1] Die Unanwendbarkeit der römischen Grundsätze über edicta, decreta, rescripta versteht sich da, wo eine Verfassung besteht, von selbst. Wo allein der Wille des Regenten entscheidet, braucht die Verbindlichkeit der von ihm in irgend einer Weise ausgesprochenen allgemeinen Rechtsnormen nicht erst aus dem römischen Recht hergeleitet zu werden. §. 14.

[2] Man hat dieß aus ungenügenden Gründen bestritten; s. namentlich Linde Arch. f. civ. Pr. XVI. 13 (1833), Bischof Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVI S. 235 fg. 385 fg. XVII S. 104 fg. 253 fg. 448 fg. XVIII S. 129 fg. 302 fg. 393 fg. (1859—61, noch unvollendet), Martin der Umfang

Damit aber der Ausspruch des Staates wirklich Recht schaffe, ist ferner erforderlich, daß er auch in gehöriger Weise bekannt gemacht worden sei. In welcher Weise die Bekanntmachung

---

des landesherrlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten. Celle 1865. Für die Bejahung namentlich: Gneist Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen? Gutachten für den 4. deutschen Juristentag. Berlin 1863. [G. Planck Jahrb. f. Dogm. IX. 4. 1868. Im Besonderen gegen die zuvor genannte Schrift von Martin.] Die fernere Literatur findet man am vollständigsten in den Aufsätzen von Bischof, eine Darstellung der Verhandlungen des 3. und 4. deutschen Juristentags über die Frage in der Schrift von Martin. — Indem der Richter ein ohne die Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz zurückweist, stellt er sich nicht über den Staat, was er unter keinen Umständen darf, sondern über einen Willen, welcher sich für den Staatswillen ausgibt, ohne es zu sein. Wenn die Verfassung für die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt die Zustimmung der Landesvertretung erfordert, so heißt das nicht, daß die gesetzgebende Gewalt ohne dieselbe nicht ausgeübt werden dürfe, sondern daß sie ohne dieselbe nicht ausgeübt werden könne. Ist, wie in den meisten deutschen Staaten, der Regierung das Recht gegeben, Gesetze mit provisorischer Geltung auch ohne die Zustimmung der Landesvertretung zu erlassen, so kann diese Bestimmung nur auf solche Gesetze Anwendung finden, welche sich als provisorische auch zu erkennen geben. Nur dann ist dem Richter die Cognition über das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes nicht gestattet, wenn ihm dieselbe durch die Verfassung selbst entzogen ist (wie z. B. durch die Preußische Verfassung von 1850 Art. 106, s. ferner Oldenburg 1852 §. 141, Waldeck 1852 §. 94). — Im Einzelnen bleiben Schwierigkeiten. 1) Hat der Richter auch die Legitimation der Abstimmenden, die Verhandlungsform, Abstimmung, Stimmzählung, Anwesenheit der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern zu prüfen? Nein; das sind „interna corporis“; für den Richter genügt die Thatsache der Zustimmung der Landesvertretung. Gneist S. 24. 25. 2) Wie ist es, wenn eine Verfassung einseitig aufgehoben und auf Grund der octroyirten Verfassung eine Ständeversammlung berufen worden ist? „Wie für den Einzelnen, so ist für die Staatsgewalten diese Seite der Frage transcendent, — Gewissensfrage“. Gneist S. 30—32. — Eine besondere Stellung zu der hier behandelten Frage nimmt ein v. Stockmar Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X S. 18 fg. S. 213 fg. (1853). Er behauptet, daß die Frage nur aus dem besonderen Rechte der einzelnen Staaten beantwortet werden könne, und sich aus dem gemeinen deutschen Staatsrecht höchstens eine Präsumtion für die Bejahung oder Verneinung derselben (er sagt nicht, ob für diese oder jene) herleiten lasse. — In Betreff der Praxis s. Seuff. Arch. IV. 250, V. 225. — Rechtszustand zur Zeit des Reichs: Gneist S. 12—19. Englisches Recht: das. S. 8—12.

(Publication) zu erfolgen habe, ist wieder eine Frage, welche nur nach den dafür in jedem einzelnen Staate bestehenden Normen beantwortet werden kann.

Ist es streitig, ob ein Gesetz erlassen oder gehörig publicirt worden sei, so treten nicht diejenigen Regeln ein, welche maßgebend sind, wenn eine Thatsache zwischen den in einem Rechtsstreite sich gegenüberstehenden Parteien bestritten ist[3]. Es gilt vielmehr der Satz, daß der Richter das Recht von Amtswegen zu kennen und zur Anwendung zu bringen habe. Kann freilich nach Lage der Umstände die Kenntniß des bestrittenen Gesetzes von dem Richter nicht verlangt werden, so ist es an der Partei, welche sich auf das Gesetz beruft, ihm die nöthige Wissenschaft von dem Gesetz zu verschaffen, wenn sie will, daß es der Entscheidung des Rechtsstreites zu Grunde gelegt werde[4].

II. Gewohnheitsrecht*.

A. Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit.

§. 15.

Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, thatsächlich geübt wird. In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der

[3] Iura novit curia. Namentlich gilt also nicht der Satz, daß der Richter das von der Gegenpartei bestrittene Gesetz trotz seines Wissens von der Geltung desselben seinem Urtheil nicht zu Grunde legen dürfe, bis die behauptende Partei die Geltung bewiesen habe; was für bestrittene Thatsachen allerdings Grundsatz ist. Seuff. Arch. VIII. 226, XI. 1.

[4] Aber dieser Beweis steht nicht unter den processualischen Regeln vom Beweise der Thatsachen. Savigny I S. 187 fg., Bayer Vorträge S. 682 fg., Wetzell Civilproc. §. 20 Nr. 2. Vgl. unten §. 17 Note 2. Seuff. Arch. I. 127, IV. 92, VIII. 85, IX. 210. 248, XI, 208, XVIII. 101, [XXI. 90].

* G. Fr. Puchta das Gewohnheitsrecht. 2 Theile (1828. 1837). Savigny System I §. 8 fg. 18. 25. 27 (1840). G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht (1843). Recension dieser Schrift von G. Fr. Puchta in den Jahrb. f. wissensch. Kritik 1844 Nr. 1—4, auch besonders abgedruckt Berlin 1844. Entgegnung Beseler's, Leipzig 1844. Brinckmann das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprozeß und die Handelsüsancen 1. (einziger) Bd. (1847). Sintenis I §. 3, Wächter II §. 9. 10, Unger I §. 5. 6 [dazu Dworzak Haimerl's österr. VJSchr. VII S. 68 fg.], Beseler deutsch. Privatr. §. 29—36.

Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts[1]. Denn die letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker; wie für den Einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß der Dinge[1a]. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar, gleichsam durch Delegation, begründet sie Recht in der Gesetzgebung[1b]. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Wege der Uebung[2].

---

§. 15. [1] Die Quellen führen die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts zurück auf den tacitus consensus, die tacita conventio civium oder populi, §. 9. 11 I. de iure nat. 1. 2, l. 32 §. 1 l. 35 D. de leg. 1. 3, vgl. Ulp. §. 4. (Andere Stellen, in welchen die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts im Allgemeinen anerkannt wird, sind: l. 32—34. 36—39 D. de leg. 1. 3, l. 1—3 C. quae sit longa cons. 8. 53). — Früher, ehe durch die historische Schule eine tiefere Auffassung der Entstehung des Rechts zur Herrschaft gelangt war, suchte man für die Entstehung des Gewohnheitsrechts einen äußeren Anhalt, und fand denselben vorzugsweise (auch der Begriff der Autonomie [§. 19.] wurde herbeigezogen, vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 30 Note 3) in der stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers. Diese Ansicht wird jetzt nur noch von Wenigen getheilt (dahin gehören Kierulff S. 13, Maurenbrecher deutsch. Privatr. I §. 19); am eingehendsten ist sie bekämpft in dem citirten Werke von Puchta. — Als neuester Gegner der im Text bezeichneten Ansicht ist, mit ungenügenden Gründen, aufgetreten E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861). S. über und gegen diese Schrift Regelsberger krit. VJSchrift IV S. 32 fg.

[1a] Das ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die Vernunft, wie der Einzelnen, so der Völker, im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft sein kann.

[1b] Vgl. hiezu Puchta a. a. O. S. 142—143. 161 unt. 182, Stahl Rechtsphilosophie II. 1 S. 237. 238.

[2] Sie begründet Recht auf dem Wege der Uebung. Vor der Uebung kann sie als ein rein Innerliches nicht in Betracht kommen; so ist vor der Uebung Recht nicht vorhanden. Nach der Ansicht Puchta's und Savigny's soll die Uebung (Gewohnheit) nur Erkenntnißmittel des, also auch vor ihr bereits vorhandenen, Gewohnheitsrechts sein; aber dieser „spiritualistischen" Auffassung gegenüber ist mit Recht geltend gemacht worden (Stahl Rechtsphilosophie II. 1 S. 238. 239, Wächter II Seite 33 Note 9, Sintenis a. a. O. Anm. 9, Unger a. a. O. S. 37. 38), daß die Uebung zur Entstehung des Gewohnheitsrechts ebenso wesentlich sei, wie zur Entstehung des Gesetzesrechts der Ausspruch. Ja es kann möglicherweise die Bedeutung der Uebung eine noch größere sein; sie kann möglicherweise auch die rechtliche Ueberzeugung erst begründen (s. in dieser Beziehung namentlich Beseler Volksrecht und Juri-

Und zwar ist diese letztere Art der Begründung ursprünglich bei jedem Volke die praktisch wichtigere; eine ergiebigere Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie dann die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund; die Bildung einer das gesammte Volk umfassenden Rechtsüberzeugung wird bei der größeren Entwickelung der Verhältnisse, bei dem Wachsen der die Einzelnen trennenden Unterschiede, immer schwieriger; das Gewohnheitsrecht zieht sich hauptsächlich in kleinere Kreise des Volkes, geographische oder Berufskreise, zurück[3], oder nimmt die vermittelte Gestalt des Juristenrechts an, wovon sogleich noch näher. So ist für die heutige Zeit die Gesetzgebung die praktisch bei weitem bedeutendste Rechtsquelle; aber sie ist nicht dem Range nach die erste.

B. Erfordernisse des Gewohnheitsrechts.

§. 16.

Was zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderlich ist, ergibt sich aus dem Vorhergehenden. Es muß eine Uebung vorliegen, in welcher der Ausdruck einer gemeinsamen Rechts-

---

stenrecht S. 76—79, deutsches Privatr. §. 33—35; noch weiter geht Kierulff §. 2 zu Anf.). In untergeordnetem Maße, für Detailbestimmungen und Bestimmungen von relativer Gleichgültigkeit, wird dieß auch von Savigny (I S. 35—37) zugegeben (anders Puchta a. a. O. II S. 5 fg.); in der Natur der Sache liegt aber nichts, was uns nöthigte, bei dieser Beschränkung stehen zu bleiben (vgl. auch Sintenis I §. 3 Anm. 9. 10). Denn der Macht der Thatsache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen ist, vermag sich kein menschliches Gemüth zu entziehen; was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns bloß deßwegen, weil es gewesen ist, als Recht. Die Frage kann daher nur die sein, ob eine Uebung ohne vorhergehende Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit auch in Betreff anderer, als der von Savigny bezeichneten Sätze überhaupt sich bilden könne. Diese Frage ist für die regelmäßigen Fälle gewiß zu verneinen; aber sie unbedingt zu verneinen, fehlt es an allem Anhalt (vgl. §. 16 Note 3).

[3] Im ersten Fall liegt ein particuläres Gewohnheitsrecht vor, während in dem zweiten Fall das Gewohnheitsrecht deßwegen nicht weniger ein gemeines ist, weil es nicht für alle Glieder des Volkes gilt. — Eine besondere Abhandlung über das particuläre Gewohnheitsrecht ist die von Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV. 2 (1852). Ueber Handelsüsancen s. Goldschmidt Handbuch des Handelsrechtes I S. 225—260.

überzeugung des Volkes, oder des kleineren Kreises des Volkes, für welchen das Gewohnheitsrecht behauptet wird, gefunden werden kann. Dazu gehört im Einzelnen Folgendes. 1) Die Uebung muß nicht aus anderen Motiven hervorgegangen sein, als eben aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit. 2) Sie muß nicht eine bloß vereinzelte gewesen sein, worin schon von selbst das weitere Erforderniß einer gewissen Dauer derselben liegt[1]. 3) Sie muß eine gleichförmige gewesen sein, d. h. die Acte der Uebung müssen nicht durch Acte der Nichtübung oder Acte einer entgegengesetzten Uebung aufgewogen werden[2]. 4) Die

---

§. 16. [1] Eine wie große Anzahl von Uebungsacten, und welche Dauer der Uebung erforderlich ist, darüber kann eine durchgreifende Regel nicht aufgestellt werden. In den Quellen wird im Allgemeinen longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo, longaevus usus verlangt (l. 32 §. 1 l. 33. 35 D. de leg. 1. 3, l. 2. 3 C. quae sit longa cons. 8. 53). Die Glossatoren wollten eine nähere Bestimmung aus der Lehre von der Verjährung entnehmen, und diese Ansicht hat in c. 11 X. de consuet. 1. 4, c. 3 in VI⁰ eod. 1. 4, c. 9 in VI⁰ de off. ord. 1. 16, c. 50 X. de elect. 1. 6 einen gesetzlichen Ausdruck gefunden; es heißt, die consuetudo müsse praescripta, legitime oder canonice praescripta sein. Die heutige Unanwendbarkeit dieser Bestimmung darf nicht, wie von Einigen geschieht, darauf gestützt werden, daß die Bestimmung nicht privatrechtlicher Natur ist; denn der Satz, daß nur die privatrechtlichen Bestimmungen der fremden Rechte recipirt seien, ist unhaltbar (§. 2 Note 2 a. E.). Sondern die genannte Bestimmung ist deßwegen unanwendbar, weil die geübte rechtliche Volksüberzeugung dadurch nicht aufhört, Recht zu sein, daß die Uebung einem durch einen Rechtssatz aufgestellten Erforderniß nicht entspricht. Ein Rechtssatz kann ebensowenig bewirken, daß die geübte rechtliche Ueberzeugung nicht Recht sei, als er bewirken kann, daß ein künftig zu erlassendes (gültiges) Gesetz nicht Recht mache. Auch abgesehen hiervon aber muß jene Bestimmung des canonischen Rechts als durch die Praxis beseitigt angesehen werden, vgl. Puchta a. a. O. II S. 101; Seuff. Arch. III. 255. 256. 291. 292, XIX. 211. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Puchta a. a. O. II S. 97 fg., Kierulff S. 11, Savigny I S. 154. — Uebrigens ist es in der Natur der Sache begründet, daß eine um so längere Dauer der Uebung erfordert werden muß, je mehr in einem gegebenen Falle anzunehmen ist, daß erst aus der Uebung eine rechtliche Ueberzeugung hervorgegangen sei. S. Note 3 und Beseler deutsch. Privatr. §. 33 g. E.

[2] Consuetudo tenaciter servata, iugiter observata, l. 3. C. quae sit longa cons. 8. 53, l. 3 pr. C. de priv. schol. 12. 30. Vgl. l. 34 D. de R. I. 50. 17: — „quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit?“ Puchta a. a. O. II S. 89 fg.

der Uebung zu Grunde liegende Ueberzeugung muß die wahre Ueberzeugung der Uebenden gewesen sein, nicht eine auf Irrthum beruhende[3]. Wenn aber gewöhnlich 5) auch das noch verlangt wird[4], daß der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sei, so kann dieser Satz nur mit der doppelten Maßgabe anerkannt werden, daß er einmal nur auf particuläre Gewohnheiten bezogen, und sodann, daß unter Unvernünftigkeit nicht Unzweckmäßigkeit, sondern Widerstreit mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung verstanden werde[5]. —

Im Uebrigen kann die Uebung, in welcher das Gewohnheitsrecht zum Dasein gelangt, entweder die Uebung des Volkes selbst

---

[3] Was aber Irrthum sei und was nicht, darf nicht mit dem Maße unserer Erkenntniß, die wir uns einem behaupteten Gewohnheitsrechte gegenüber prüfend verhalten, sondern muß mit dem Maße der Erkenntniß der Uebenden selbst gemessen werden; es muß offenbar sein, daß, wenn die Uebenden auf das, was uns als Irrthum erscheint, aufmerksam gemacht worden wären, auch sie es als Irrthum erkannt haben würden. Ferner ist zu bemerken, daß eine irrige Ueberzeugung selbst dieser letzteren Art sich im Laufe der Zeit in eine wahre Ueberzeugung verwandeln kann, indem sie sich von dem Grunde des Irrthums, auf welchem sie beruht, losmacht; ja es wird dieß der naturgemäße Proceß sein, daß die späteren Generationen den Satz nicht mehr aus dem irrigen Grunde üben, aus welchem seine Uebung ursprünglich begonnen hat, sondern daß dieser Grund in Vergessenheit geräth, und sie den Satz üben als hergebrachten, und deßwegen, weil er hergebracht ist, überzeugt sind, daß sein Inhalt Recht sei. Jedoch bedarf es für diese Entwickelung naturgemäß einer längeren Zeit; nicht gleich bei den Ersten, welche eine auf Irrthum beruhende Rechtsübung ohne Bewußtsein ihres irrigen Grundes wiederholen, wird eine Ueberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit angenommen werden dürfen; dazu ist erforderlich, daß den Uebenden nicht bloß die Thatsache der Uebung, sondern auch eine gewisse Dauer dieser Thatsache gegenüberstehe. In diesem Sinne ist wahr der Ausspruch der l. 39 D. de leg. 1. 3: „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet“. Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieser Stelle Puchta a. a. O. I S. 99 fg. II S. 63 fg., Savigny I S. 174 fg., Sintenis I §. 3 Anm. 42. 43, Wächter II §. 35 Note 13. Seuff. Arch. I. 309.

[4] Auf Grund von l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53, Nov. 134 c. 1 i. f., c. 10. 11 X. de cons. 1. 4.

[5] Unvernünftigkeit in dem ersten Sinne des Wortes ist ein viel zu unbestimmter Begriff, als daß ihm irgend welche praktische Anwendbarkeit zugestanden werden könnte. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht aber enthält, wie auch immer sein Inhalt beschaffen sein mag, jedenfalls die Vernunft dieses

sein, welches nach gewissen Normen seine Lebensverhältnisse einrichtet, oder die Uebung der Juristen, welche in Urtheilen und Rechtsgutachten gewisse Normen zur Anwendung bringen (Praxis, Gerichtsgebrauch)[6]. Die Juristen sind deßwegen, weil sie in der Beschäftigung mit dem Rechte einen besonderen Beruf haben, nicht weniger Glieder ihres Volkes und nicht weniger des in dem Volke lebenden Geistes theilhaftig; in ihnen bildet sich zugleich, eben weil sie der Pflege des Rechts ihre ausschließliche oder vorzugsweise Thätigkeit zuwenden, ein rechtliches Bewußtsein leichter aus, als in den übrigen Gliedern des Volkes, und so sind die Juristen in den Zeiten, in welchen die rechtsproducirende Kraft in der Gesammtheit des Volkes abnimmt (§. 15), in dieser Beziehung die natürlichen Vertreter der Gesammtheit. Zwar ist es nicht zu verkennen, daß, wie in den besonderen Ständen überhaupt, so auch in dem Juristenstande, geistige Strömungen sich geltend machen können, von denen die übrigen Glieder des Volkes nicht oder nur theilweise berührt werden, und daß in dieser Weise die Juristen ein Rechtsbewußtsein haben können, welches der Gesammtheit des Volkes mehr oder minder fremd ist[7]. Aber ein-

---

Volkes, und daher sein Recht. — Was die in der vorigen Note genannten Stellen angeht, so war die Zeit, in welcher sie geschrieben sind, der Entstehung allgemeiner Gewohnheiten nicht günstig, und so läßt sich annehmen, daß sie nur particuläre Gewohnheiten im Auge haben. Im Uebrigen s. das in Note 1 Bemerkte. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Puchta a. a. O. II S. 49 fg., Savigny I S. 176 fg., Kierulff S. 13, E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861) S. 29—31. Seuff. Arch. I. 307, X. 2.

[6] Jordan Arch. f. civ. Pr. VIII. 9 (1825). W. Müller civilistische Abhandlungen Nr. 5 (1833). Puchta a. a. O. I S. 161 fg. II S. 15 fg. Savigny I §. 14. 19. 20. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII. 15 (1840). Sintenis I S. 26 fg. Thöl Einleitung in das deutsche Privatr. §. 54. 55. Beseler Volksr. u. Juristenr. Cap. 10—12. deutsch. Privatr. I §. 34—36.— Keller §. 3 leugnet den Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle ganz.

[7] Diesen Satz hat namentlich Beseler (Volksr. u. Juristenr. S. 71 fg.) der älteren historischen Schule gegenüber hervorgehoben. Savigny und Puchta stellen es nicht als das normale, sondern als das ausnahmslose Verhältniß dar, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der getreue Spiegel des Volksgeistes sei. Dieß bestreitet Beseler, und meiner Ansicht nach mit Recht; so auch Wächter gem. Recht Deutschlands S. 114. Die Streitfrage ist mit specieller Beziehung auf die durch die Juristen vollzogene Reception

mal liegt doch ein Gegengewicht gegen diese Gefahr darin, daß der Juristenstand kein abgeschlossener Stand ist, Niemandem es verwehrt ist, in denselben einzutreten, und er also doch mit der Gesammtheit des Volkes fortwährend in unmittelbarer Verbindung bleibt; und sodann ist zu bemerken, daß wenngleich wirklich in einem gegebenen Fall das im Bewußtsein der Juristen entstandene und von ihnen geübte Recht in dem Bewußtsein der Gesammtheit des Volks ursprünglich keine Wurzeln hat, doch durch die Dauer seiner Uebung auch in dieser Gesammtheit sich das Bewußtsein ausbilden wird, daß das als Recht Geübte, eben weil es geübt wird, auch Recht sei, so daß es also als Gewohnheitsrecht so lange anerkannt werden muß, als es nicht durch eine von der Gesammtheit ausgehende entgegenstehende gewohnheitsmäßige Rechtsproduction aufgehoben ist[8].

---

des römischen Rechts in Deutschland aufgeworfen und verhandelt worden. Vgl. §. 10 Note 3. 4.

[8] Von dem durch die Uebung der Juristen entstehenden Gewohnheitsrecht sind diejenigen Rechtssätze zu unterscheiden, welche die Juristen durch wissenschaftliche Behandlung der vorhandenen Rechtssätze finden (§. 22). Was die Juristen in dieser Weise finden, ist kein neu erzeugtes Recht; es war schon früher vorhanden, es ist nur aufgedeckt worden. Ob es aber wirkliches Recht ist, was sich ihnen als Resultat ihrer wissenschaftlichen Operationen ergibt, hängt lediglich von der Richtigkeit dieser Operationen ab, und darüber steht jedem folgenden Juristen und namentlich jedem Richter eine freie Cognition zu. (Seuff. Arch. I. 210). Es kann jedoch auch der auf wissenschaftlichem Wege gefundene Rechtssatz im Laufe der Zeit zum wirklichen Gewohnheitsrecht werden, wenn er nämlich als solcher, ohne Bewußtsein von den wissenschaftlichen Gründen, aus welchen er zuerst aufgestellt worden ist, dauernd geübt wird. — Puchta nennt das auf wissenschaftlichem Wege gefundene Recht passend „wissenschaftliches Recht", während Savigny diesen Ausdruck zur Bezeichnung des in der Thätigkeit der Juristen überhaupt hervortretenden Rechts (wissenschaftliches Recht und Gewohnheitsrecht) gebraucht. Diesen letzteren Begriff bezeichnet Puchta durch den Ausdruck „Juristenrecht", welchen Ausdruck aber Beseler wieder auf das juristische Gewohnheitsrecht, und zwar dasjenige, welches nicht zugleich Volksrecht ist, beschränkt.

C. Erkenntniß des Gewohnheitsrechts*.

§. 17.

Erkannt wird das Gewohnheitsrecht theils unmittelbar aus den Acten seiner Uebung, theils mittelbar durch glaubwürdige Zeugnisse über sein Bestehen[1]. Auch die Acte seiner Uebung können entweder unmittelbar, durch eigene Anschauung, erkannt werden, oder mittelbar, aus glaubwürdigen Zeugnissen Anderer. Besondere juristische Regeln für die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts gibt es nicht; der Richter hat die Ueberzeugung über das Bestehen eines Gewohnheitsrechts nach denselben Grundsätzen zu schöpfen, nach denen eine menschliche Ueberzeugung überhaupt geschöpft wird. Stehen dem Richter die gehörigen Erkenntnißmittel nicht zu Gebot, so ist es an demjenigen, welcher sich auf das Gewohnheitsrecht beruft, ihm dieselben zu verschaffen; aber es gelten für den Beweis eines Gewohnheitsrechts die Regeln des Civilprocesses über den Beweis von Thatsachen ebenso wenig, wie sie für den Beweis eines Gesetzes gelten[2].

---

§. 17. * Puchta a. a. O. II S. 120 fg. 151 fg., Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 108 fg., Savigny I §. 30.

[1] In l. 34 D. de leg. 1. 3 wird als eine hauptsächliche Quelle der Erkenntniß des Gewohnheitsrechts seine Feststellung contradicto iudicio, d. h. durch ein auf contradictorische Verhandlung, und dadurch veranlaßte Untersuchung, ergangenes Urtheil bezeichnet. Ein solches Urtheil hat außer dem, daß es selbst eine Uebung des Gewohnheitsrechts enthält, die Kraft eines glaubwürdigen Zeugnisses für dasselbe. Seuff. Arch. II. 1, V. 99; vgl. auch VI. 130. — Nov. 106 enthält die Bestätigung eines Gewohnheitsrechts auf Grund der darüber von kundigen Personen gemachten Aussagen. Vgl. Seuff. Arch. I. 310, II. 251, VII. 290. 345, IX. 202, XIII. 2. 204, XVI. 183. — Schöffenweisthümer. Rechtsbücher. Einen Anhalt gewähren auch Rechtssprüchwörter; doch sind sie mit Vorsicht zu gebrauchen.

[2] Die früher geltende Ansicht band die processualische Geltendmachung eines Gewohnheitsrechts an dieselben Voraussetzungen, wie die processualische Geltendmachung von Thatsachen; der Richter sollte ein Gewohnheitsrecht seinem Urtheil nur unter denselben Bedingungen zu Grunde legen dürfen, wie die, von denen es abhange, ob er seinem Urtheil eine Thatsache zu Grunde legen dürfe. Diese Ansicht ist jetzt, namentlich in Folge der Ausführungen Puchta's, beseitigt. Doch ist eine Beweisauflage in Betreff des Gewohnheitsrechts nicht ausgeschlossen. Vgl. Vangerow I §. 17 Anm., Sintenis

D. Kraft des Gewohnheitsrechts*.

§. 18.

Die Kraft des Gewohnheitsrechts ist die gleiche, wie die eines Gesetzes. Das Gewohnheitsrecht vermag daher das bestehende Recht nicht nur zu ergänzen, sondern auch aufzuheben[1]. Dieß gilt nicht nur von dem Verhältniß des Gewohnheitsrechts zu anderem Gewohnheitsrecht, sondern auch von seinem Verhältniß zum Gesetzesrecht. Nur kann particuläres Gewohnheitsrecht keinen gemeinrechtlichen zwingenden, d. h. die individuelle Willkür ausschließenden, Rechtssatz (§. 30) aufheben, mag er auf Gewohnheitsrecht oder auf Gesetz beruhen; der allgemeine Wille kann eben nur durch den allgemeinen Willen überwunden werden[2]. Abgesehen von diesem

---

I S. 45 fg. Aus der Praxis: Seuff. Arch. III. 256, VI. 130, X. 124, XIII. 204. 205, XVIII. 101, XIX. 211. Vgl. §. 14 Note 3. 4 und die daselbst Citirten. Beweis durch Eideszuschiebung: Seuff. Arch. VII. 139, X. 4, XVIII. 102.

* Puchta a. a. O. II S. 199 fg., Savigny I S. 194 fg.

[1] L. 32 §. 1 D. de leg. 1. 3: — „quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur". Wenn hier nur von der Aufhebung eines Gesetzes schlechthin, nicht auch von der Aufhebung durch Begründung eines entgegenstehenden Rechtssatzes die Rede ist, so liegt es doch auf der Hand, daß in der letzteren kein größerer Eingriff in die verbindende Kraft des Gesetzes enthalten ist, als in der ersteren. Anwendungen der desuetudo in §. 7 I. de iniur. 4. 4, l. un. pr. C. de cad. toll. 6. 51, Nov. 89 c. 15. §. 18.

[2] Indem die l. 26 §. 1 C. de usur. 4. 32 (vgl. l. 1 pr. D. eod. 22. 1) das Zinsmaß beschränkt, verbietet sie dem Richter ausdrücklich, auf ein entgegenstehendes örtliches Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen. Von einem particulären Gewohnheitsrecht ist auch zu verstehen die in einer anderen Beziehung schon oben betrachtete l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53. „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem". Vgl. c. 11 X. de consuet. 1. 4. Ueber die verschiedenen Versuche, welche gemacht worden sind, diese Stelle mit der in der vorigen Note genannten zu vereinigen, s. Puchta a. a. O. II S. 203 fg. u. Vorlesungen I Beil. I, Savigny II Beil. II, Vangerow I §. 16 Anm., krit. VJSchr. VII S. 133 fg. In letzter Linie würde gegen l. 2. cit. geltend zu machen sein, was bereits in Note 1 zu §. 16 bemerkt wurde, daß kein Rechtssatz einem wirklich vorhandenen Gewohnheitsrecht die Kraft zu nehmen im Stande ist. Das vermag

Fall wird die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts nicht einmal dadurch ausgeschlossen, daß ein Gesetz das Gewohnheitsrecht ausdrücklich für unverbindlich erklärt[3].

Autonomie*. — Observanz.

§. 19.

Die Gesetzgebung ist, wie in §. 14 bemerkt wurde, Attribut des Staates. Es kann aber vorkommen, daß für einen engeren Kreis auch ein Wille, welcher nicht der Staatswille ist, Rechtsnormen zu begründen im Stande ist. In diesem Falle spricht man von Autonomie. Eine solche Autonomie bestand in Deutschland früher, bei noch unentwickelteren staatlichen Verhältnissen, in umfassenderem Maße als heutzutage. Namentlich kamen in dieser Beziehung die Gemeinden in Betracht, deren Autonomie gegenwärtig, wo sie überhaupt noch besteht, sehr zusammengeschrumpft, und jedenfalls aus dem Gebiete des Privatrechts ganz verwiesen ist[1]. Dagegen gilt noch heutzutage die Autonomie der

die l. 2 cit., welche selbst nur auf Grund eines Gewohnheitsrechts gilt, so wenig, daß nicht einmal ein Gesetz es vermögen würde (vgl. die folg. Note). — Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 18 fg. behauptet, particuläres Gewohnheitsrecht dürfe sich mit keinem gemeinrechtlichen Satze in Widerspruch setzen, und will davon l. 2. cit. verstehen.

[3] Es ist dieß die nothwendige Consequenz derjenigen Ansicht über den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts, welche jetzt allgemein als die richtige anerkannt wird. Freilich ist diese Consequenz weit davon entfernt, sich allgemeiner Zustimmung zu erfreuen (Puchta zieht sie Vorles. I S. 454, aber noch Gewohnheitsr. I S. 210 drückt er sich viel unbestimmter aus; gegen sie selbst Stahl Rechtsphil. II. 1 S. 238): aber ich sehe nicht, wie man sich ihr entziehen will. Das Gesetz kann nicht bestimmen, daß Recht nicht Recht sei; es kann ebenso wenig einem künftigen Gewohnheitsrecht die Kraft nehmen, wie einem zukünftigen Gesetz. Dieses Argument ist auch bei dem neuesten Schriftsteller, welcher sich gegen die hier aufgestellte Ansicht ausgesprochen hat, Regelsberger krit. VJSchr. IV S. 328—329. 341—342, nicht beachtet.

* Wilda u. d. W. Autonomie in Weiske's Rechtslexikon I S. 539 fg. (1849). Gerber Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 2 (1854). Gegen Gerber: K. Maurer krit. Ueberschau II. 8 (1855) und Jolly krit. Ueberschau VI. 16 (1859); dagegen wieder Gerber Jahrb. f. Dogm. III. 6 (1859). Beseler deutsch. Privatr. §. 26—28.

§. 19. [1] Aber noch im Jahre 1757 gab sich die (nicht reichsfreie) Stadt Rostock ein eigenes Stadtrecht. v. Kamptz Handb. des mecklenb. Civilrechts S. 39. Vgl. Maurer a. a. O. S. 264.

Familien des hohen Adels[2] in Betreff ihrer Vermögens- und Familienverhältnisse[3]. Auch von einer den Corporationen überhaupt zustehenden Autonomie kann man insofern reden, als die von ihnen über die Art und Weise ihrer inneren Bewegung getroffenen Bestimmungen ihre Mitglieder auch da binden, wo sie die Verleihung concreter Rechte nicht zum Gegenstande haben[4]. Eine hergebrachte Bezeichnung für die durch Autonomie getroffene Bestimmung ist Statut.

Die der Autonomie entsprechende gewohnheitsrechtliche Bildung pflegt man Observanz zu nennen[5].

Zweites Kapitel.

Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts*.

I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt.

Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und s. g. Legalinterpretation.

§. 20.

Auslegung ist Darlegung des Inhalts des Rechts. Der Inhalt des Rechts kann mehr oder minder offenbar sein; je

---

[2] Garantirt durch die Bundesacte Art. 14 nach den „Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung". Die der ehemaligen Reichsritterschaft zugesicherten ähnlichen Befugnisse sollen „nur nach der Vorschrift der Bundesgesetze ausgeübt" werden.

[3] Gerber a. a. O., welcher den Begriff der Autonomie als einer objective Rechtsnormen erzeugenden Quelle (für das heutige Recht) ganz verwirft, sieht auch in diesen Dispositionen des hohen Adels nur Rechtsgeschäfte, durch welche in Anwendung des geltenden Rechts lediglich subjective Berechtigungen verliehen würden. Dagegen Jolly und Maurer a. a. O.

[4] Z. B. Bestimmungen über die Ausübung des Stimmrechts, über die Aufnahme neuer Mitglieder.

[5] Der Ausdruck wird aber auch in anderen Bedeutungen genommen. Vgl. Puchta Gewohnheitsr. II S. 105 fg., Savigny I S. 98 fg., Beseler deutsches Privatr. §. 33. Vgl. §. 136 Note 3a.

* Thibaut Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts

weniger er offenbar ist, desto bedeutender ist die Aufgabe der Auslegung.

Gewöhnlich spricht man nur von der Auslegung der Gesetze. Das ist zu enge; auch die Sätze des Gewohnheitsrechts sind der Auslegung fähig und bedürftig. Nur freilich nicht ganz in demselben Sinne, wie die Gesetze; bei den Gesetzen hat die Auslegung eine Aufgabe und eine nächste Aufgabe zu lösen, welche bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts wegfällt. Gesetze sind in Worten formulirte Rechtssätze; die nächste Frage ist hier: welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden? Diese Frage kann bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts, da ihre Erscheinungsform nicht die der menschlichen Rede ist, nicht aufgeworfen werden. Aber wenn bei den Gesetzen der Sinn, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, festgestellt ist, so erhebt sich eine zweite Auslegungsfrage, und diese ist auch bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts anwendbar. Darüber das Nähere in §. 22[1].

Die Auslegung kann entweder auf dem Wege freier Untersuchung erfolgen, oder durch einen Rechtssatz. Nur die erste Art der Auslegung ist eigentliche Auslegung; die zweite ist im Grunde Setzung neuen Rechts mit Hinzufügung der Bestimmung, daß das gesetzte neue Recht als bereits in einem früheren Rechtssatze enthalten angesehen werden solle[2]. Jedenfalls ist hier nur von der ersten Art der Auslegung zu handeln. Dieselbe ist aber nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst, welche gelernt werden muß; die Theorie kann nur auf die leitenden Gesichtspunkte aufmerksam machen.

(1799. 2. Aufl. 1806). Hufeland Geist des röm. Rechts I. 2 S. 1—205 (1815). Lang Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts (1857). Kierulff S. 18 fg., Savigny I §. 32—51, Vangerow I §. 23—25, Wächter II §. 12—14. 23—26, Unger I §. 10—14, Thöl Einleit. in das deutsche Privatr. §. 55—66.

§. 20. [1] Jedoch wird von Anderen die Beantwortung dieser Frage zur Auslegung nicht gerechnet; s. den citirten §. 22. Folgt man diesem Sprachgebrauche, so bezieht sich allerdings die Auslegung nur auf Gesetze.

[2] Man gebraucht auch für die Auslegung durch Rechtssatz weniger den Ausdruck Auslegung, als den Ausdruck Interpretation; man sagt gewöhnlich Legalinterpretation. Je nach dem der feststellende Satz ein gesetzlicher

Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie.

§. 21.

Die Auslegung der Gesetze hat es, wie bemerkt wurde, zuerst zu thun mit der Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat. Vorbedingung dazu ist, daß vorher die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte selbst festgestellt seien; dieß zu thun ist die Aufgabe der Kritik[1].

Bei der Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, ist natürlich auszugehen von den Sprachgesetzen; die Sprachgesetze sind zu befragen sowohl über den Sinn der einzelnen Worte für sich, als über den Sinn, welchen die Worte in der Verbindung haben, in der sie im gegebenen Falle auftreten[2]. Die auf die Sprachgesetze gegründete Auslegung pflegt man die *grammatische* zu nennen.

Aber das Resultat der grammatischen Auslegung kann möglicherweise kein befriedigendes sein; entweder gibt dieselbe keinen verständlichen Sinn, oder sie läßt die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Sinnen[3]. In diesem Fall ist zunächst zu sehen auf den übrigen feststehenden Inhalt des auszulegenden Gesetzes; ferner kann eine Erklärung zu gewinnen sein aus anderen Gesetzen des-

---

oder ein gewohnheitsrechtlicher ist, theilt man die Legalinterpretation ein in die authentische und die usuelle Interpretation. Ein Beispiel der letzteren bei *Seuff.* Arch. XVIII. 203.

[1] Man kann noch weiter gehen und sagen, zuallernächst müsse festgestellt sein, daß das Gesetz überhaupt echt sei, d. h. in Wirklichkeit von dem Gesetzgeber herrühre, welchem es zugeschrieben wird. Auch diese Feststellung nennt man Kritik, und zwar die höhere, im Gegensatz jener ersten als der niederen, obgleich Andere mit diesen Ausdrücken andere Sinne verbinden. Vgl. *Savigny* I S. 242. 246, *Lang* a. a. O. S. 15. 16. — In Betreff der Kritik des Corpus juris vgl. *Vangerow* I §. 23 Anm. §. 21.

[2] Natürlich ist dabei nicht bloß auf die allgemeinen Gesetze der Sprache, sondern namentlich auch auf die eigenthümliche Ausdrucks- und Redeweise gerade der Zeit und des Ortes zu sehen, woher das Gesetz stammt. Mit der grammatischen Auslegung in besonderer Anwendung auf das Corpus juris beschäftigt sich der größte Theil der oben citirten Schrift von *Lang*.

[3] Ein einzelner Ausdruck kann möglicherweise verschiedene Bedeutungen haben. Es kann auch bei Unzweideutigkeit der einzelnen Ausdrücke eine verschiedene Construction möglich sein.

selben Gesetzgebers, oder auch verschiedener Gesetzgeber, insofern eine geistige Einheit zwischen diesen anderen Gesetzen und dem auszulegenden Gesetz angenommen werden kann[4]. Führt dieses Hülfsmittel nicht zum Ziel, so kann dem Ausleger im Allgemeinen keine andere Anweisung gegeben werden, als die, sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken; je vollständiger ihm dieß gelingt, mit desto größerer Sicherheit wird er den Sinn der von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte zu bestimmen im Stande sein. Im Besonderen ist hier zweierlei hervorzuheben: der zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandene Rechtszustand, von welchem anzunehmen ist, daß er dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen sei, und der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit seinem Gesetze hat erreichen wollen[5]. Endlich ist auch auf den Werth des Resultates Rücksicht zu nehmen, insofern nämlich angenommen werden kann daß der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als etwas Leeres und Unpassendes habe sagen wollen[6]. — Gewähren diese Hülfsmittel kein sicheres Resultat, so hat die Auslegung, da sie zu einem Resultate unter allen Umständen gelangen

[4] L. 26—28 D. de leg. 1. 3. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. . . Sed et posteriores leges ad priores pertinent . .“. Vgl. auch l. 24 D. eod., welche Stelle freilich zunächst nur von der berichtigenden Auslegung spricht.

[5] Man darf das Gesetz nicht in einer Weise auslegen, daß dadurch ein Widerspruch gegen den Zweck desselben entsteht. Z. B. l. 6 C. de leg. 1. 14. „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri“. Ebenso l. 25 D. eod. 1. 3. — Man pflegt den Zweck, welcher durch ein Gesetz erreicht werden soll, ratio legis zu nennen, und dabei darauf aufmerksam zu machen, daß die ratio legis einerseits nicht mit der occasio legis, d. h. der äußeren Veranlassung des Gesetzes (z. B. l. 1 pr. D. de SC° Mac. 14. 6), andererseits nicht mit der ratio iuris, d. h. dem eigentlichen Gedanken oder Princip des Gesetzes verwechselt werden dürfe. Jene ist für die Auslegung von verschwindendem Werthe; diese ist nicht sowohl Mittel zur Bestimmung des zweifelhaften Wortsinnes, als vielmehr Ergebniß der wissenschaftlichen Behandlung des unzweifelhaften (§. 22).

[6] Dahin gehört l. 19 D. de leg. 1. 3. „In ambigua voce legis ea potissimum significatio accipienda est, quae vitio caret . .“. Ferner l. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est“. — Werth der Vorarbeiten bei neueren Gesetzbüchern: Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. X S. 40 fg.

muß, sich auch mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit zu begnügen, wobei fernere Anhaltspunkte die Regeln gewähren, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Recht[7], und für die mildere Meinung[8] zu entscheiden ist.

Durch die Anwendung der zuvor bezeichneten Hülfsmittel kann aber nicht bloß der unklare Ausdruck des Gesetzes in seinem wahren Sinne bestimmt, es kann dadurch auch der unvollständige Ausdruck ergänzt, und der unrichtige berichtigt werden[9]. Unrichtig kann aber der Ausdruck des Gesetzes nach einer dreifachen Richtung sein: er kann auf Mehr gehen, als der Gesetzgeber hat sagen wollen, oder auf Weniger, oder auf etwas qualitativ Anderes. Hiernach ist die berichtigende Auslegung entweder einschränkend, oder ausdehnend, oder abändernd. Nur muß, was die abändernde Auslegung angeht, die Beschränkung hinzugefügt werden, daß auch sie, in gleicher Weise wie dieß die einschränkende und ausdehnende Auslegung thut, den Ausdruck des Gesetzgebers immer nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung verbessern kann; entsprechen die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinne, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht, was er gesagt hat, weil er es nicht hat sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat[10].

---

[7] Vgl. l. 35 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

[8] L. 56 l. 168 pr. l. 192 §. 1 D. de R. I. 50. 17, l. 18 D. de leg. 1. 3 (Savigny I. §. 36. i).

[9] Es heißt zwar in den Quellen: „in re .. dubia melius est verbis edicti servire“ (l. 1 §. 20 D. de exerc. act. 14. 1); aber auch: „scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem“, l. 17 D. de leg. 1. 3, vgl. l. 6 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. 13 §. 2. D. de excus. 27. 1. In früherer Zeit wurde nicht selten die Behauptung aufgestellt, daß einem sprachlich unzweideutigen Wortsinn gegenüber alle Auslegung zu schweigen habe. Das widerspricht nicht bloß den Aussprüchen der Quellen, sondern auch der Natur der Sache. Die Worte sind nicht der Gedanke, sondern nur Zeichen für den Gedanken, es kommt nicht auf deren objective und absolute Bedeutung, sondern auf diejenige an, welche gerade ihr Urheber mit ihnen verbunden hat, vorausgesetzt nur, daß diese Bedeutung aus den Umständen nachweisbar ist. Am schärfsten ist dieß durchgeführt von Ihering Geist des röm. Rechts II S. 470 fg.

[10] Wenn aus diesem Grunde auch noch neuere Schriftsteller (z. B. Vangerow I §. 24 Anm. Nr. 3) die Zulässigkeit der abändernden Auslegung ganz bestreiten, so ist dagegen zu erwidern, daß dieser Grund in seiner vollen

Eine jede Auslegung, welche über das durch Anwendung der Sprachgesetze gefundene Resultat hinausgeht, pflegt man eine logische zu nennen.

§. 22.

Die Auslegung hat aber nicht bloß die Aufgabe, den von dem Gesetzgeber gebrauchten Worten gegenüber den Sinn zur Geltung zu bringen, welchen er mit diesen Worten hat verbinden wollen; sie hat ferner auch die Aufgabe, hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen. Es kann nämlich vorkommen, und es kommt häufig vor, daß der Gesetzgeber sich diesen Gedanken selbst nicht vollständig klar gemacht hat, daß er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahrem Gehalt nicht vollständig entspricht. Es ist die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung, in einem solchen Falle dem Gesetzgeber zu Hülfe zu kommen, und dessen ausgedrücktem Willen gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen. Indem sie das thut, überschreitet sie nicht ihre Befugnisse: sie handelt ganz in dem Sinne des Gesetzgebers, sie spricht nur aus, was derselbe selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich nicht zum Bewußtsein gebracht hat, aufmerksam geworden wäre. Nur sind der Auslegung auch hier die nämlichen Grenzen gesteckt, welche schon vorher bezeichnet wurden; wie sicher sie auch den eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers erkennen mag, sie darf denselben doch als Recht begründend nur unter der Voraussetzung anerkennen, daß in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständig entsprechender Ausdruck seines eigentlichen Gedankens, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann. So wird auch hier ihre hauptsächliche, wenn nicht alleinige, Thätigkeit in der quantitativen Ausdehnung und Einschränkung des Gesetzes zu bestehen haben[1].

Daß aber diese Thätigkeit wirklich Auslegung sei, darf nicht

Schärfe gefaßt auch die ausdehnende Auslegung ausschließen würde; auch wenn der Gesetzgeber weniger gesagt hat, als er hat sagen wollen, fehlt es für das Mehr an einem Ausdruck. Dieß führt zu der im Text bezeichneten Vermittelung.

§. 22. [1] Beispiele s. in der folgenden Note.

bezweifelt werden; auch hier wird die äußere Erscheinung des Gesetzes durchbrochen, um seinen Kern zu enthüllen; was die Schaale verbirgt und bindet, wird auseinander gelegt. Um so weniger darf es bezweifelt werden, als die Unterscheidung zwischen dieser und der im vorigen §. bezeichneten Thätigkeit, so sehr sie begriffsmäßig feststeht, doch im einzelnen Falle oft schwer, ja unmöglich durchzuführen sein wird, und so die eine Thätigkeit in die andere unmerkbar übergeht; die Frage: hat der Gesetzgeber nicht gesagt, was er hat sagen wollen, oder hat er nicht gedacht, was er hat denken wollen? wird sehr häufig nicht mit Sicherheit beantwortet werden können[2]. — Nach einer anderen Ansicht wird indessen

[2] Wenn der Gesetzgeber seine Rede bloß auf das männliche Geschlecht richtet, statt auf das männliche und weibliche zugleich (l. 1. 52. 195 pr. D. de V. S. 50. 16), so liegt die Annahme nahe, daß er nicht gesagt habe, was er gedacht habe, so z. B. wenn ein kaiserliches Rescript der Mutter gebot, filiis tutorem petere, und nicht hinzufügte: filiabus (l. 2 §. 23. 28 D. ad SC. Tert. 38. 17). Aber ist ebenfalls ein Fehler des Ausdrucks und nicht vielmehr ein Fehler des Gedankens anzunehmen, wenn dasselbe Rescript unterließ, seine Bestimmung auf die Erbittung eines curator für den impubes zu erstrecken (§. 29 eod.)? Ferner wenn K. Marcus nicht gerichtlich bestätigte Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente für ungültig erklärte, statt, wie er wollte, die dem Vermächtnißnehmer nachtheiligen (l. 8 pr. §. 6 D. de transact. 2. 15), sprach er da nicht richtig, oder dachte er nicht richtig? Das Letztere scheint eher angenommen werden zu müssen; ebenso, wenn die lex Aelia Sentia dem Herrn verbot, bei der Freilassung von dem Sclaven einen Eid zu fordern, daß er sich nicht verheirathen oder Kinder erzielen wolle, und vergaß, ihre Bestimmung auf zeugungsfähige Sclaven zu beschränken (l. 6 §. 2. l. 15 D. de iure patr. 37. 14), oder wenn das aedilicische Edict offene Fehler nicht ausdrücklich ausnahm (l. 1 §. 6 D. de aed. ed. 21. 1), oder wenn K. Caracalla, als er Convalescenz der Schenkungen zwischen Ehegatten durch den Tod des Schenkers vorschrieb, nicht ausdrücklich hinzufügte, daß das Gleiche auch für die anderen wegen der Ehe verbotenen Schenkungen gelten solle (l. 32 §. 16 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Unzweifelhaft aber lag ein Fehler des Gedankens und nicht des Ausdrucks vor, als K. Marcus vorschrieb, daß für die Excusation von der Vormundschaft der in der Stadt oder bis 100 Milien Entfernung Wohnende 50 Tage haben solle, der weiter Entfernte 30 Tage und für je 20 Milien 1 Tag, woraus an und für sich folgte, daß z. B. der in einer Entfernung von 160 Milien Wohnende nur 38 Tage habe (l. 13 §. 2 D. de excus. 27. 1). Andere unzweifelhafte Beispiele einer Auslegung, welche nicht den Sinn gegen die Ausdrücke, sondern den eigentlichen Gedanken gegen den ausgedrückten zur Geltung bringt, s. in l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 27 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 1 pr. l. 4 D. si quadrupes 9. 1, l.

die hier bezeichnete Thätigkeit zur Auslegung nicht gerechnet. Indem man dann zugleich für diese Thätigkeit nicht bloß die Abänderung, sondern auch die Einschränkung des Gedankens des Gesetzgebers unbeachtet läßt[3], spricht man nur von der Ausdehnung desselben[4] durch Analogie[5], und erklärt die letztere als Ausdehnung des Gesetzes wegen Gleichheit des Grundes. Unter Grund des Gesetzes versteht man dann aber eben, was hier der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers genannt worden ist[6]. Statt Grund sagt man auch wohl Princip des Gesetzes[7].

---

19 D. ad exh. 10. 4, l. 54 pr. D. mand. 17. 1, l. 64 §. 1 D. de R. N. 23. 2. Ein sehr belehrendes Beispiel gewährt namentlich auch das SC. Velleianum. Die Jurisprudenz hat hier aus den beiden Sätzen: unverbindlich ist es, wenn eine Frau sich für einen Andern verbürgt, und: unverbindlich ist es, wenn eine Frau für einen Andern ein Darlehn nimmt, den höheren Satz entwickelt: unverbindlich ist es, wenn eine Frau eine nicht bloß formell sondern auch materiell fremde Obligation als fremde übernimmt. S. das Obligationenrecht (II §. 485). — Auf zwingende Gesetze (§. 30) angewendet, wird der Satz, daß der eigentliche, nicht der ausgesprochene, Gedanke des Gesetzes entscheidend sei, so ausgedrückt: unter das Gesetz falle auch, was in fraudem legis geschehe, l. 29. 30 D. de leg. 1. 3, l. 5 C. eod. 1. 14.

[3] Die Folge davon ist, daß dann jede einschränkende Auslegung als das, was man allein Auslegung nennt, als Verbesserung des Wortes aufgefaßt werden muß. In dieser Weise behandelt z. B. Vangerow I §. 24 Anm. Nr. 3. b selbst l. 11 §. 2 D. de his qui not. 3. 2, in welcher es heißt, das Verbot für die Frau, innerhalb des Trauerjahres zu heirathen, dürfe nicht auf die Frau bezogen werden, welche früher geboren habe.

[4] Von diesem Falle handeln im Allgemeinen l. 10—12 l. 27 D. de leg. 1. 3.

[5] Gegenüber einer sogleich (§. 23) zu nennenden Anwendung der Analogie nennt man sie Gesetzesanalogie.

[6] Wird der Begriff des Grundes des Gesetzes in dieser Weise gefaßt, so sind die vielfach mißbrauchten Sätze: ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio, und: cessante ratione legis cessat lex ipsa, ebenso richtig, als sie bei jeder anderen Auffassung falsch sind.

[7] Ist die ausdehnende Auslegung (Analogie) in einem gegebenen Falle ausgeschlossen, so liegt umgekehrt darin, daß das Gesetz seine Bestimmung nur für den von ihm genannten Fall getroffen hat, ein Zeugniß dafür, daß der Inhalt der Bestimmung für andere Fälle nicht Rechtens ist, — das bekannte argumentum a contrario; vgl. z. B. l. 18 D. de testib. 22. 5, l. 20 §. 5. 6 D. qui test. 28. 1. So sicher aber dieses Argument, sobald nur der Ausschluß der Analogie wirklich feststeht, bei Gesetzen ist, so unsicher ist es bei Aussprüchen, welche nicht neues Recht einführen, sondern einen geltenden Rechtssatz als

Die Hülfsmittel dieser Art der Auslegung sind die nämlichen, wie die im vorigen §. erwähnten.

Es liegt aber auf der Hand, daß diese Art der Auslegung nicht bloß auf Gesetze anwendbar ist, sondern auch auf Sätze des Gewohnheitsrechts. Auch bei Sätzen des Gewohnheitsrechts kann erkannt werden, daß der Gedanke, welcher sich dem Bewußtsein der Uebenden zunächst dargestellt hat, ihr eigentlicher Gedanke nicht ist; indem dann ihr eigentlicher Gedanke zur Geltung gebracht wird, wird das Gewohnheitsrecht in gleicher Weise wie das Gesetz ausgelegt.

Lücken und Widersprüche. (Rechts=) Analogie.

§. 23.

Bisher ist von der Auslegung der einzelnen Rechtssätze als solcher die Rede gewesen. Werden die einzelnen Rechtssätze aber aufgefaßt als zu einem Rechtsganzen gehörig, so ergibt sich die fernere Frage, wie es zu halten sei, wenn dieses Ganze Lücken oder Widersprüche zeigt. Im Wesen ist hier die Aufgabe dieselbe; es kommt darauf an, den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen zu erkennen, wie es sich zuvor um den eigentlichen Gedanken des einzelnen Rechtssatzes handelte.

Deßwegen sind zuvörderst Lücken des Rechtsganzen nicht etwa, wie früher häufig gelehrt wurde, aus dem s. g. Naturrecht zu ergänzen, d. h. einem durch aprioristische Construction gefundenen Recht, dessen Inhalt in jedem gegebenen Fall doch nur dasjenige bildet, was der Construirende für wahr hält, sondern aus dem Geiste des Rechtsganzen selbst; es muß diejenige Entscheidung gefunden werden, welche in *seinem* Sinn die richtige ist. Insofern dabei von den in dem Rechtsganzen wirklich ausgesprochenen Rechtssätzen ausgegangen, und die in diesen sich darstellende specifische Art und Weise der Rechtsauffassung auf

geltend constatiren wollen, wie namentlich bei den in unserem Corpus Juris enthaltenen Auszügen aus den Schriften der römischen Juristen. Hier setzt der Schluß, daß, weil eine Rechtsregel nur für den Fall A als geltend ausgesprochen worden sei und nicht auch für den Fall B, sie deßwegen für den Fall B habe ausgeschlossen werden sollen, den Nachweis voraus, daß der Urheber des Ausspruchs 1) an den Fall B gedacht, und 2) Veranlassung gehabt habe, ihn zu berücksichtigen.

das einer rechtlichen Normirung bedürftige Verhältniß übertragen werden muß, spricht man auch hier von Analogie[1].

Glaubt man in einem Rechtsganzen einen Widerspruch zu entdecken, so ist zuerst zuzusehen, ob derselbe nicht bloß scheinbar ist. Bloß scheinbar ist er, wenn die sich widersprechenden Rechtssätze nicht gleichen Ranges sind. Nicht gleichen Ranges sind gemeinrechtliche und particuläre, frühere und spätere Rechtssätze; der particuläre geht dem gemeinrechtlichen[2], der spätere dem früheren vor[3]. Bloß scheinbar ist der Widerspruch ferner dann, wenn bei genauerer Betrachtung sich die Voraussetzungen der beiden Rechtssätze als nicht vollkommen identisch ausweisen. Ist aber der Widerspruch kein bloß scheinbarer (läßt er sich nicht vereinigen), und läßt sich auch nicht nachweisen, daß der eine Rechtssatz mehr als der andere den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen enthält[4], so muß man sagen, daß der eine Rechtssatz so viel gelte, als der andere; demgemäß hebt der eine den anderen auf, und es ist zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

Wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

§. 24.

Die Auslegung bildet keinen Gegensatz zu der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts; sie *ist* wissenschaftliche Behandlung, schon die niedere, welche den Sinn der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte, um so mehr die höhere, welche den eigentlichen Gedanken eines Rechtssatzes oder eines Rechtsganzen bestimmt. Aber die wissenschaftliche Behandlung des Rechts ist in der Auslegung nicht beschlossen. Wenn die Auslegung ihr Geschäft beendigt hat, so handelt es sich nun um die Entwickelung der Begriffe, welche in den durch sie gewonnenen Rechtssätzen enthalten

---

§. 23. [1] Im Gegensatz zu der im vorigen §. bezeichneten (Gesetzes-) Analogie nennt man sie Rechts-Analogie.

[2] Es kann auch ein Rechtssatz, welcher einem andern gegenüber particulär ist, selbst wieder einen particulären unter sich haben, dem gegenüber er gemeinrechtlicher ist. Ein altes Sprüchwort sagt: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein (das für Deutschland gemeine) Recht.

[3] L. 4 D. de const. princ. 1. 4.

[4] Vgl. §. 26 zu Note 3.

sind. Auch der eigentliche Gedanke des Rechtssatzes stellt sich noch dar in Begriffen, d. h. in Zusammenfassungen von Denkelementen; es kommt darauf an, die Begriffe in ihre Bestandtheile aufzulösen, die in ihnen enthaltenen Denkelemente aufzuweisen. Man kann in dieser Operation mehr oder weniger weit gehen; denn die gefundenen Elemente können sich selbst wieder als Zusammensetzungen anderer, einfacherer Elemente ausweisen, und so fort[1]. Die neuere Rechtswissenschaft hat die entschiedene Tendenz, in der Zerlegung der Begriffe möglichst weit zu gehen. Und dieß ist ihr Verdienst. Denn in der That hängt von der erschöpfenden Erfassung des Inhalts der in den Rechtssätzen enthaltenen Begriffe nicht nur das volle Verständniß des Rechts ab, sondern auch die Sicherheit seiner Anwendung. In dieser letzteren Beziehung bemerke man noch Folgendes. Selten entspricht der Thatbestand eines zu entscheidenden Falles dem Thatbestand eines einzigen Rechtssatzes; regelmäßig stellen die verschiedenen Theile des Thatbestandes sich unter verschiedene Rechtssätze. Die von diesen Rechtssätzen geordneten rechtlichen Wirkungen bestimmen und durchkreuzen sich; die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Factoren sind; die Rechnung muß natürlich ein um so sichereres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht. Es liegt zugleich auf der Hand, daß erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System der Rechte, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze, ergeben kann.

Die Rechtsbegriffe zerfallen in zwei Klassen, je nachdem sie zum Gegenstand die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte haben, oder die Rechte selbst und was von ihnen ausgesagt werden kann. Begriffe, welche die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte zum Gegenstand haben, sind z. B. Rechtsgeschäft, Vertrag, Testament, Specification, Bedingung u. a. m. Bei den

---

[1] Man vergleiche als Beispiel: Kaufvertrag ist ein Vertrag, durch welchen eine Sache gegen Geld abgetreten wird; Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, welches durch die Uebereinstimmung zweier (oder mehrerer) Willenserklärungen zu Stande kommt. — Rechtsgeschäft ist die Erklärung eines Privaten, daß eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle, — Erklärung eines Willens ist was? — Wille ist was? — Uebereinstimmung ist was? — Sache ist was? — Abtretung ist was? §. 24.

Rechten kommt in Betracht der Begriff des Rechts überhaupt, der Begriff der einzelnen Rechte, welcher sich aus ihren characteristischen Merkmalen zusammensetzt (z. B. Eigenthum, Nießbrauch, Obligation, Vorkaufsrecht, Reuerecht u. s. w.), ihr Inhalt, ihr Subject (Person, juristische Person), ihre Eigenschaften (Theilbarkeit und Untheilbarkeit, Veräußerlichkeit und Unveräußerlichkeit, Selbständigkeit und Unselbständigkeit u. s. w.), die von ihnen ausgehende Action (Ausübung, Klagbarkeit, Ruhen des Rechts, Behaftetsein mit einer Einrede), besonders auch ihre Lebensphänomene (Entstehung, Untergang, Umgestaltung; Begründung, Vernichtung, Umgestaltung schlechthin oder mit einstweilen gehemmter Kraft; vollständige Vernichtung und Vernichtung durch Erzeugung einer Einrede; Umgestaltung der Person, dem Stoffe nach; Rechtsnachfolge, Gesammtnachfolge, Sondernachfolge u. s. w.). Dieß soll keine vollständige Aufzählung sein, sondern bloß zur Orientirung dienen.

Die Zurückführung eines Rechtsverhältnisses auf die ihm zu Grunde liegenden Begriffe nennt man Construction desselben[2].

II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere.

§. 25.

Was die Auslegung des Pandektenrechts insbesondere betrifft, so ist hier zunächst zu erwähnen, daß Justinian alle Auslegung der von ihm publicirten Rechtsbücher verboten hat[1]; im Zweifelsfalle solle der Richter sich an den Kaiser wenden. Aber

---

[2] Construirt wird z. B. die Reallast, indem aufgewiesen wird, daß das durch sie gewährte Recht unter den Begriff des dinglichen oder aber unter den Begriff des obligatorischen Rechts gehöre. Die Entstehung des Eigenthums aus dem Aufheben einer ausgeworfenen Sache wird construirt, indem nachgewiesen wird, daß in dem Auswerfen eine Tradition oder aber eine Dereliction liege. — Vgl. über die Construction, und überhaupt das im Texte Gesagte die geist- und lehrreiche Darstellung von Ihering Geist des röm. Rechts II S. 321—414 in Verbindung mit Jahrb. f. Dogmatik I. 1, eine Darstellung, welche trotz dessen, was sich im Einzelnen gegen dieselbe einwenden läßt, doch im Ganzen, als erster Versuch der Begründung einer „Technik des Rechts", wie mir scheint, eine wärmere Anerkennung verdient hätte, als sie bei Brinz krit. VJSchr. II. 1 gefunden hat.

§. 25. [1] L. 12 C. de leg. 1. 14, l. 2 §. 21 C. de vet. iure enucl. 1. 17.

weder ist diese letztere Vorschrift heutzutage irgendwie ausführbar, noch ist das Verbot selbst jemals beobachtet worden; es ist also durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht abgeschafft[2].

Sodann ist in Betreff der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher zu bemerken, daß die in denselben enthaltenen Stellen einer zwiefachen Auslegung bedürftig sind. Zuerst muß der Sinn bestimmt werden, in welchem sie von ihren ursprünglichen Verfassern niedergeschrieben worden sind; sodann ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht dieser Sinn durch ihre Aufnahme in die Justinianische Codification alterirt worden ist[3]. — Was den ursprünglichen Sinn der einzelnen Stellen des Corpus juris angeht, so kommt in Betracht, daß dieselben zum großen, ja größten Theil ursprünglich nicht Gesetze gewesen sind, sondern Zeugnisse für das bestehende Recht, so namentlich die Excerpte aus den Schriften der römischen Juristen, und (obgleich nicht ausnahmslos) die kaiserlichen Rescripte und Decrete. Im Ganzen und Großen sind nun zwar die Grundsätze für die Auslegung dieser

---

[2] Vgl. Savigny I S. 301—317.

[3] Im Einzelnen ist hier in's Auge zu fassen: 1) der veränderte Rechtszustand, unter welchem die Justinianische Compilation zusammengestellt worden ist. Mit Rücksicht auf denselben sind viele der aufgenommenen Stellen geradezu abgeändert worden (Interpolationen, s. g. emblemata Triboniani); in anderen Fällen hat das Aufgenommene auch ohne Aenderung bloß durch seine Beziehung auf den Justinianischen Rechtszustand eine andere Bedeutung bekommen (so z. B. bezeichnen die Ausdrücke cessio, in ius vocatio im Munde der Compilatoren etwas ganz Anderes, als im Munde der alten Juristen). Zu beachten ist 2) der Zusammenhang der Compilation. Justinian hat nicht bloß die einzelnen von ihm publicirten Rechtsbücher, Institutionen, Digesten, Codex jedes für sich, sondern auch alle drei zusammen als ein Ganzes betrachtet wissen wollen (§. 26 Note 2); jede Stelle hat also nur denjenigen Werth, welcher sich aus ihrem Zusammenhalten mit anderen Stellen der Compilation ergibt. Dabei ist ein nicht zu vernachlässigendes Interpretationsmittel namentlich auch die Titelrubrik, unter welche die auszulegende Stelle gestellt ist, obgleich F. C. Schmidt (Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher 1855) viel zu weit geht, wenn er die Bedeutung einer jeden Stelle ganz nach der Rubrik ihres Titels bestimmen will, in der Weise, daß allgemein redende Stellen speciell, und speciell redende allgemein zu verstehen seien, je nachdem sie sich in einem Titel mit specieller oder allgemeiner Rubrik befinden. Vergl. dagegen Stintzing Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 56 fg., Arndts krit. Ueberschau III S. 485 fg.

Zeugnisse keine anderen, als die oben für die Auslegung der Gesetze entwickelten; im Einzelnen stellt sich aber doch Manches anders. So hat namentlich das s. g. argumentum a contrario hier eine ganz andere Bedeutung, als für die Gesetze (§. 22 Note 7), und bei der Auslegung der Rescripte darf nicht vergessen werden, daß nicht selten in dieselben Momente aus der Anfrage mit aufgenommen worden sind, ohne daß diese Momente für wesentliche Voraussetzungen der Entscheidung haben erklärt werden sollen.

§. 26.

Finden sich unter den aus den verschiedenen Quellen des Pandektenrechts entwickelten Sätzen Widersprüche, so geht vor das heutige Gewohnheitsrecht den Reichsgesetzen, und unter den Reichsgesetzen das spätere dem früheren. Die Reichsgesetze gehen vor den recipirten fremden Rechten, unter diesen aber geht das canonische Recht dem römischen vor, insofern nicht der Gerichtsgebrauch einen Satz des römischen Rechts dem canonischen Recht gegenüber festgehalten hat. Unter den Quellen des römischen Rechts gehen die Novellen den drei Rechtsbüchern, Institutionen, Digesten, Codex, vor, da sie bestimmt waren, das in letzteren enthaltene Recht zu ändern, und aus dem gleichen Grunde hat jede spätere Novelle den Vorzug vor der früheren. Was endlich das Verhältniß der drei Rechtsbücher unter sich angeht[1], so stehen jedenfalls Institutionen und Digesten sich gleich, da sie gleichzeitig publicirt sind. Aber auch der Codex, obgleich ein Jahr später publicirt, darf den Institutionen und Digesten nicht vorgezogen werden, da Justinian alle drei Rechtsbücher als ein Ganzes hat betrachtet wissen wollen[2]. Wohl aber ist es möglich, daß eine in dem Ganzen dieser drei Rechtsbücher enthaltene Stelle späteren Ursprungs einer

§. 26. [1] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 6, v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzgebung III. 7.

[2] Vgl. Const. *Omnem* §. 7, *Tanta* §. 12. 23, *Cordi* §. 3. Dieß geht auch aus der von Justinian gegebenen, allerdings keineswegs richtigen, Versicherung hervor, daß in den drei Rechtsbüchern Widersprüche nicht zu finden seien (Const. *Tanta* §. 15). Wollte man das Publicationsdatum des Codex für entscheidend halten, so müßte man annehmen, daß Justinian zuerst den Institutionen und Digesten den Vorzug vor dem (alten) Codex, darauf diesem (in der in der Hauptmasse übereinstimmenden repetita praelectio) den Vorzug vor jenen beigelegt habe.

anderen früheren Ursprungs auf Grund ihres Zeitverhältnisses vorgezogen werden muß. Dazu ist jedoch erforderlich, einmal daß die spätere Stelle auch wirklich eine spätere Entwickelung des Rechts enthalte, und sodann, daß Gründe vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, entweder daß die Compilatoren die frühere Stelle nur als rechtshistorisches Material oder als Uebergangsrecht haben aufnehmen wollen, oder daß die Aufnahme der früheren Stelle lediglich auf Uebereilung und Versehen beruht[3]. — Entscheiden die hier aufgestellten Grundsätze nicht, so ist bei wirklichem Widerspruch[4] nach dem oben (§. 23) bezeichneten allgemeinen Satz zu verfahren: die eine Stelle hebt die andere auf, und es ist zu entscheiden, als wenn keine von beiden vorhanden wäre.

Drittes Kapitel.

Gegensätze im Recht.

Berechtigende, begriffsentwickelnde, verneinende Rechtssätze*.

§. 27.

Der Zweck der Rechtssätze ist im Allgemeinen der, daß bestimmt werden soll, wie sich auf Grundlage der verschiedenen

---

[3] Daß die Compilatoren nicht ausschließlich dogmatische Zwecke verfolgt haben, wie sehr dieselben auch vorwiegen mögen, ist unzweifelhaft; bei den Institutionen liegt dafür ein ausdrückliches Zeugniß Justinians vor. Const. *Imperatoriam maiestatem* §. 5. Uebergangsrecht: s. z. B. Nov. 89 c. 7. Versehen: s. z. B. §. 108 Note 4, II §. 499 Note 1. — Aus den Pandekten gewähren ein Beispiel einer zulässigen historischen Vereinigung l. 34 pr. D. mand. 17. 1 — l. 15. D. de R. C. 12. 1, ein Beispiel einer unzulässigen l. 41 D. de pign. act. 13. 7 — l. 22 D. de pign. 20. 1.

[4] Es ist natürlich vorher zuzusehen, ob nicht der Widerspruch sich dadurch als ein bloß scheinbarer nachweisen läßt, daß eine Verschiedenheit in den Thatbeständen der beiden Rechtssätze herausgekehrt wird. Dabei darf zwar bei der bestimmten Versicherung Justinians, daß, wenn man genau zusehe, sich gar kein Widerspruch finden werde (Note 2), auch eine nicht ganz nahe liegende Vereinigung nicht gescheut werden; von der andern Seite ist aber auch vor dem Streben nach Vereinigung um jeden Preis zu warnen, in welchem schon viele Mühe unfruchtbar verzehrt worden ist.

* Das Beste hierüber findet sich bei Thöl Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 33—36.

thatsächlichen Voraussetzungen die Grenzen der Willensherrschaft der sich gegenüberstehenden Individuen gestalten, für welchen Willensinhalt ein jedes Individuum von allen andern Individuen Anerkennung verlangen könne. Diesem Zwecke können aber die Rechtssätze noch in verschiedener Weise dienen, entweder unmittelbar, oder nur mittelbar. Unmittelbar, indem sie geradezu an einen gewissen Thatbestand eine Willensherrschaft, eine Berechtigung anknüpfen; Rechtssätze dieses Inhalts kann man berechtigende Rechtssätze nennen. Mittelbar: 1) dadurch, daß sie näher bestimmen, was in solchen berechtigenden Rechtssätzen ausgesprochen worden ist; 2) dadurch, daß sie von einem gewissen Thatbestande, welcher an und für sich ein Recht zu erzeugen im Stande ist, aussagen, daß auf Grund desselben ein Recht nicht in Anspruch genommen werden könne. Diese Klassen der Rechtssätze werden passend bezeichnet durch die Ausdrücke: begriffsentwickelnde, verneinende Rechtssätze. — Die berechtigenden Rechtssätze können ihrerseits wieder einen verschiedenen Ausdruck haben. Entweder wenden sie sich an den Berechtigten, indem sie diesem etwas erlauben, oder sie wenden sich an den (die) dem Berechtigten Gegenüberstehenden, indem sie diesem (diesen) etwas gebieten oder verbieten[1].

Strenges und billiges Recht.

§. 28.

Billig ist das den thatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht, d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der

§. 27. [1] Beispiele. 1) Berechtigende Rechtssätze. a) Wer eine Sache als Faustpfand erhalten hat, darf sie retiniren, bis er befriedigt worden ist. b) Der Besitzer einer Sache, welche der frühere Eigenthümer durch Zwang verloren hat, ist verpflichtet, sie demselben herauszugeben. c) Niemand darf seine Bäume, die an des Nachbarn Grenze stehen, über eine gewisse Höhe hinaus wachsen lassen. 2) Begriffsentwickelnder Rechtssatz. Das Testament muß vor 7 Zeugen errichtet werden. 3) Verneinender Rechtssatz. Das im Spiel Verlorene (durch Spielvertrag Versprochene) braucht nicht bezahlt zu werden. — Von verbietenden Rechtssätzen spricht man häufig, ja regelmäßig, noch in anderem Sinne. 1) In dem Sinne, in welchem hier von verneinenden Rechtssätzen gesprochen worden ist; man sagt z. B., der Spielvertrag sei verboten. 2) Man sagt z. B., der Zwang sei verboten. Der eigentliche Inhalt des an den Zwang angeknüpften Rechtssatzes ist aber der, daß aus dem Zwange sich bestimmte Berechtigungen und Verpflichtungen ergeben.

thatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet, welches Berücksichtigung nicht verdient, und jedes gerade diejenige Berücksichtigung findet, welche seine Natur fordert[1]. Dasjenige Recht, welches in einer oder der anderen dieser Beziehungen den thatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist, nennt man strenges Recht.

Der Begriff der Billigkeit ist seiner Natur nach ein unbestimmter, er empfängt seinen Inhalt aus dem Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl der ein gegebenes Recht Betrachtenden. Insofern es aber ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein nicht bloß der Einzelnen gibt, sondern auch ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein der Völker, bezeichnet die Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volkes zu streben hat[2]. Bevor aber dieses Ideal verwirklicht ist, bevor eine Rechtsquelle die Aussprüche der Billigkeit anerkannt hat, ist die Billigkeit eben nicht Recht[3], und der Richter würde sich schwer verfehlen, wenn er das positive Recht seines Volkes zu Gunsten der Billigkeit, oder dessen, was er für Billigkeit hält, hintansetzen wollte[4]. Es

---

[1] Ius aequum ist nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht. Umgekehrt wird häufig das Wesen des billigen Rechts gerade in die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede gesetzt (Puchta Pand. §. 21, Thöl Einleit. §. 40, Unger I S. 71). Auch diese Auffassung ist nicht richtig. Es kann freilich unbillig sein, daß die individuellen Unterschiede nicht berücksichtigt werden, aber es kann auch ebenso unbillig sein, daß sie berücksichtigt werden. — Ueber die Auffassung der aequitas bei den Römern vgl. M. Voigt die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer Bd. I (1856). Dazu die Anzeige von Esmarch krit. Ueberschau VI. 1. §. 28.

[2] In diesem Sinne bezeichnet schön l. 1 pr. D. de I. et I. 1. 1 die iustitia als „ars boni et aequi". Vgl. §. 1 eod., l. 90 D. de R. I. 50. 17, l. 8 C. de iud. 3. 1.

[3] Der Gegensatz zwischen ius und aequitas wird anerkannt in l. 52 § 3 D. de pactis 2. 14 (— „neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti" —) und in l. 2 §. 5 D. de aqua et aquae 39. 3 (Note 4).

[4] L. 1 C. de legib. 1. 14. „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere". In der in der vorigen Note citirten l. 2 §. 5 D. de aqua et aquae wird zwar die aequitas auch gegen das ius zur Geltung gebracht (— „haec aequitas suggerit, etsi

wird ihm jedoch eine genaue Erforschung des wahren Gehaltes des positiven Rechts sehr häufig die, dem ersten Blick sich verbergende, Möglichkeit gewähren, die Ansprüche der Billigkeit mit den eigenen Mitteln des Rechts zu befriedigen[5].

Regelmäßiges und regelwidriges Recht. Privilegium*.

§. 29.

Regelmäßig ist dasjenige Recht, welches den im Rechte anerkannten Principien gemäß ist; dadurch, daß das Recht aus besonderen Gründen sich mit diesen Principien in Widerspruch setzt, entsteht regelwidriges Recht[1]. Von dem regelwidrigen Recht heißt es in den Quellen, daß es nicht ausgedehnt werden dürfe[2].

---

iure deficiamur" —); aber die Stellung der römischen Juristen war auch eine viel freiere, als die der heutigen Juristen und Richter.

[5] Es kann auch vorkommen, daß das Recht selbst den Richter darauf verweist, die Umstände des einzelnen Falls zu erwägen, und darnach die Entscheidung zu finden. Hierher gehört l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . erratur". (Es handelt sich um die Frage, ob Verzug vorhanden sei, und für die Beantwortung dieser Frage gibt es zunächst keine andere Regel als die, daß Verzug angenommen werden müsse, so oft es dem Schuldner zum Vorwurf gereiche, daß er nicht zur rechten Zeit geleistet habe.)

* Savigny I S. 61—66, Wächter II §. 3 (50), Thöl Einleitung §. 38. 39, Unger I §. 8 (65).

§. 29. [1] Die Quellen sagen ius singulare. L. 16. D. de leg. 1. 3. „Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est". — Andere (so namentlich Savigny a. a. O.) definiren das ius singulare als dasjenige Recht, welches nicht auf dem reinen Rechtsgebiete entsprungen sei, sondern auf den Principien der Sittlichkeit und Wohlfahrt beruhe. Aber was ist reines Rechtsgebiet? Und beruht nicht alles Recht darauf, wie gerade dieses Volk die Principien der Sittlichkeit und die Bedürfnisse der öffentlichen und privaten Wohlfahrt erfaßt und rechtlich verwerthet? — Beispiele von ius singulare in l. 15 D. de R. C. 12. 1, l. 23 §. 1 l. 44 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 44 §. 3 D. de usurp. 41. 3.

[2] L. 14. D. de leg. 1. 3 (l. 141 pr. D. de R. I. 50. 17). „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias". Vgl. l. 15 eod.

Das will sagen, daß es nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht; der Satz sagt also nichts, was sich nicht von selbst versteht[3].

Die wichtigste Anwendung des regelwidrigen Rechts besteht darin, daß durch dasselbe für eine gewisse Klasse von Personen oder Rechtsverhältnissen etwas festgesetzt wird, was für andere Personen oder Rechtsverhältnisse nicht gilt (Ausnahmsrecht). Enthält die Ausnahmsbestimmung eine Begünstigung, so sprechen wir von einem Privilegium, und ebenso heißt die durch die Ausnahmsbestimmung hervorgerufene günstige Lage selbst Privilegium[4]. Die Privilegien sind entweder persönliche oder sach-

---

[3] Man ist darüber einverstanden, daß der Sinn des Satzes nicht sei, daß bei dem ius singulare die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne ausgeschlossen sei; man wird aber noch weiter gehen, und auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) zulassen müssen. Sonst würde man dieselbe überhaupt in Frage stellen; denn jeder neu auftretende Rechtssatz stellt sich gegenüber den vorhandenen Rechtsregeln als regelwidriges Recht dar. Das SCum Velleianum begründete gewiß ius singulare; und wie ist es ausgedehnt worden! Vgl. auch II §. 478 Note 4. Aber wenn z. B. eine Bestimmung favore libertatis gegeben worden ist, so darf man in derselben nicht den Ausdruck eines Princips erkennen, welches zur Anwendung kommen müsse, auch wo es sich um Freiheit nicht handelt. L. 23 §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5. „Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit“ Uebereinstimmend Keller §. 7. Hinzugefügt muß allerdings werden, daß, je bestimmter und ausdrücklicher die Rechtsvorschrift ist, mit welcher das ius singulare sich in Widerspruch setzt, um so gewichtiger die Gründe sein müssen, welche zu einer ausdehnenden Auslegung berechtigen sollen, — nach dem Satze, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Recht zu entscheiden ist (§. 21 Note 7).

[4] Der Ausdruck privilegium wechselt in den Quellen mit dem Ausdruck beneficium iuris. Seiner Wortbedeutung nach (vgl. Cic. de leg. III. 19: „in privos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium“, Gell. N. A. X. 20: „veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus“) ist er zwar auch fähig, die ungünstiger stellende Bestimmung zu bezeichnen (daher die Eintheilung der Neueren in privilegia favorabilia und odiosa); aber es scheint nicht, daß die Quellen ihn in diesem Sinne gebrauchen; der deutsche Ausdruck „Privilegium“ kann ganz entschieden in diesem Sinne nicht gebraucht werden. Den Gegensatz zum privilegium bildet das ius commune,

liche, je nachdem sie eine Klasse von Personen oder eine Klasse von Rechtsverhältnissen begünstigen[5]. — Der Ausdruck Privilegium wird aber auch zur Bezeichnung derjenigen Rechtsbestimmungen gebraucht, durch welche einer individuellen Person oder einem individuellen Rechtsverhältniß eine Rechtsbegünstigung gewährt wird, und ebenso zur Bezeichnung der durch solche Bestimmungen gewährten Vorrechte. Von den Privilegien in diesem Sinne wird unten (§. 135. 136) besonders gehandelt werden.

Zwingendes und nachgiebiges Recht.

§. 30.

Es gibt Rechtssätze, welche jede Privatwillkür ausschließen: sie kommen zur Anwendung, mögen die Parteien wollen oder nicht, sie zwingen. Andere Rechtssätze lassen es sich gefallen, daß das betreffende Verhältniß durch Privatwillkür anders geordnet werde, und kommen nur dann zur Anwendung, wenn eine Ordnung des Verhältnisses durch Privatwillkür nicht vorliegt[1].

---

das Allen gemeinschaftliche Recht. Vgl. l. 12 D. de min. 4. 4, l. 7 D. de iniusto 28. 3, l. 15 D. de vulg. 28. 6, l. 3. 21 D. de test. mil. 29. 1, l. 37 D. de I. F. 49. 14.

[5] L. 196 D. de R. I. 50. 17. „Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt, quae personae sunt, ad heredem non transeunt". L. 68 eod. Beispiele: Concursprivilegium des Fiscus — der Begräbnißkosten. Zu den sachlichen Privilegien gehören auch diejenigen, welche den Eigenthümern einer gewissen Art von Sachen zustehen (s. g. privilegia rei, z. B. Steuer-Freiheit der Rittergüter).

§. 30. [1] Beispiele: der Schuldner muß für Arglist einstehen, — der Verkäufer muß für Fahrlässigkeit einstehen. — Andere Bezeichnungen, welche für diesen Gegensatz gebraucht werden, sind: absolutes, gebietendes Recht — vermittelndes, ergänzendes, suppletorisches, dispositives Recht. Die Quellen bezeichnen das zwingende Recht als ius publicum, auch als ius commune, iuris forma, ius schlechthin. Vgl. z. B. l. 38 D. de pactis 2. 14, l. 20 pr. D. de rel. 11. 7, l. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14, l. 42 eod., l. 12 §. 1 D. de pact. dotal. 23. 4, l. 27 D. de R. I. 50. 17.

Viertes Kapitel.

Gebiet des Rechts.

I. Zeitliche Grenzen.

§. 31.

Die zeitlichen Grenzen des Gebietes der Rechtssätze werden bestimmt durch den Zeitpunkt der Entstehung und den Zeitpunkt des Untergangs der Rechtssätze. Die Geltung der Rechtssätze beginnt mit ihrer Entstehung und endigt mit ihrem Untergang.

Die Geltung der Rechtssätze beginnt mit ihrer Entstehung: es müßte denn ein Rechtssatz sich selbst verbindende Kraft erst von einer späteren Zeit an beigelegt haben. Gesetze thun dieß sehr gewöhnlich; sie lassen dem Bürger eine gewisse Frist, um sich mit ihnen bekannt zu machen.

Die Geltung der Rechtssätze endigt mit ihrem Untergang. Dieser kann seinen Grund in den Rechtssätzen selbst haben, indem dieselben sich verbindende Kraft nur für gewisse Zeit oder nur für gewisse vorübergehende Umstände und Voraussetzungen beilegen[1]. Abgesehen hiervon dauert ein Rechtssatz so lange, bis er durch eine Rechtsquelle, Gesetz oder Gewohnheit, wieder aufgehoben wird. Eine specielle sich dabei ergebende Frage ist, inwiefern durch die Aufhebung einer Regel auch die Ausnahmen von der Regel aufgehoben werden[2]. Diese Frage hat natürlich keinen Sinn für den Fall, wo eine Regel schlechthin aufgehoben wird; hier versteht es sich von selbst, daß die bisherigen Ausnahmen nun selbst zur Regel werden. Die Frage hat nur Sinn für den Fall, wo eine Regel in der Weise aufgehoben wird, daß an ihre Stelle eine Regel anderen Inhalts gesetzt wird. Für diesen Fall ist es aber eine Interpretationsfrage, ob der neue Rechtssatz auch die

---

[1] Dahin gehören namentlich die s. g. transitorischen Gesetze, welche bestimmt sind, aus einem Rechtszustand in einen andern überzuleiten. Vgl. Nov. 66 c. 1, Nov. 116 c. 1. §. 31.

[2] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 7, Wächter II §. 28, Unger I §. 16.

Ausnahmen von der alten Regel habe beseitigen wollen; im Zweifel ist diese Frage zu verneinen[3].

§. 32*.

Daß ein Rechtssatz für eine gewisse Zeit gilt, hat nicht nothwendig die Bedeutung, daß er einer jeden innerhalb dieser Zeit erfolgenden Rechtsanwendung zu Grunde gelegt werden muß. Es kommt auf den Willen des Urhebers des Rechtssatzes an; es ist möglich, daß derselbe unbedingte Anwendung des Rechtssatzes gewollt habe, es ist aber auch möglich, daß derselbe für gewisse Fälle das Recht einer andern Zeit habe zulassen wollen. Zu unterscheiden ist in dieser Beziehung zwischen den Rechtsverhältnissen, welche neu entstehen, nachdem die Geltung des Rechtssatzes

[3] Beispiele. a. Es ist irgendwo Rechtens, daß die Frauen zu ihren Rechtshandlungen eines Beistandes bedürfen; ausgenommen sind die Handelsfrauen. Ein neues Gesetz erklärt die Frauen für handlungsfähig auch ohne Beistand. b. Es ist Rechtens, daß ein Testament vor 7 Zeugen errichtet werden müsse; gewisse Personen können aber formlos testiren. Hinterher wird bestimmt, daß das Testament nur 5 Zeugen bedürfen solle. Oder: es ist Rechtens, daß die Ansprüche in 30 Jahren verjähren; gewisse Ansprüche aber verjähren in 5 ꝛc. Jahren. Es wird durch ein neues Gesetz bestimmt, daß die Ansprüche in 20 Jahren verjähren sollen. In beiden Fällen dauern natürlich die Ausnahmen von der alten Regel auch unter der neuen fort. Anders aber, wenn etwa das neue Gesetz ausdrücklich erklärt hätte, daß es in allen Fällen gelten wolle, oder wenn es die Ausnahmen, die es zulassen wolle, aufgezählt hätte, oder wenn sich aus anderen Umständen nachweisen ließe, daß der Gesetzgeber seine neue Regel als absolute habe betrachtet wissen wollen.

§. 32. * Aus der reichen älteren Literatur der in diesem §. behandelten Frage sollen hier nur zwei Schriften hervorgehoben werden: A. D. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze (1811). Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818). Aus der neueren Zeit: Savigny System VIII §. 383—400 (1849). v. Scheurl Beiträge zu Bearbeitung des röm. Rechts I Nr. 6*(1853). Fr. Wyß Zeitschr. f. schweizerisches Recht III S. 124 fg. (1854). Bornemann Erörterungen im Gebiete des preußischen Rechts Heft 1 Nr. 1 (1855). Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht Bd. 1 Heft 2 (1860). Ferd. Lassalle das System der erworbenen Rechte Theil 1. Auch unter dem Titel: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze (,) unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preußischen Rechts (1861). R. Schmid die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen S. 101—148 (1863). — Kierulff S. 63—72, Vangerow I §. 26, Wächter II §. 29. 30, Unger I §. 20. 21, Beseler deutsches Privatr. §. 21.

begonnen hat, und denjenigen, welche bereits vorher entstanden sind. In Betreff der ersteren ist es unbedingt sicher, daß der Urheber des Rechtssatzes sie der Bestimmung des neuen Rechtssatzes habe unterwerfen wollen; in Betreff der letzteren ist es aber auch möglich, daß der Urheber des Rechtssatzes sie der rechtlichen Ordnung, welche sie durch das frühere Recht einmal erhalten haben, habe überlassen wollen[1]. Was er wirklich gewollt habe, muß, wenn er sich über diesen Punkt nicht ausdrücklich ausgesprochen hat[2], in jedem einzelnen Fall durch Auslegung bestimmt werden[3]. Im Zweifel aber, wenn die Auslegung zu keinem sicheren Resultate führt, ist anzunehmen, daß der Urheber des Rechtssatzes

---

[1] Wenn ein Gesetz für die Gültigkeit eines Vertrages schriftliche Abfassung erfordert, oder den Nießbrauch der Aeltern am Vermögen der Kinder neu einführt oder aufhebt, so ist es ganz gewiß seine Meinung, daß für alle künftig abzuschließenden Verträge die schriftliche Abfassung die Bedingung der Gültigkeit sein, daß an dem Vermögen aller künftig geborenen Kinder der älterliche Nießbrauch stattfinden oder nicht stattfinden solle. Aber es ist ganz und gar nicht sicher, daß dieß seine Meinung auch für die bereits abgeschlossenen Verträge und für die bereits geborenen Kinder ist.

[2] Beispiele davon aus den Quellen: l. 27 pr. C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 3 C. de pact. pign. 8. 35, Nov. 19 prooem. c. 1; — l. 18 C. de testibus 4. 20, l. 23 C. mand. 4. 35, l. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, l. 29 C. de test. 6. 23, l. un. §. 15 C. de cad. toll. 6. 51, l. un. i. f. C. de lat. lib. toll. 7. 6.

[3] Häufig wird dabei schon die Ausdrucksweise des Rechtssatzes einen Anhalt gewähren. Wenn der in Note 1 erwähnte Rechtssatz etwa so lautete: Verträge müssen, um gültig zu sein, in schriftlicher Form errichtet werden, so wäre das, wenn nicht andere überwiegende Gründe entgegenständen, dahin zu verstehen, daß für zu errichtende, nicht dahin, daß auch für bereits errichtete Verträge schriftliche Abfassung Bedingung der Gültigkeit sein solle. — Unter den übrigen Auslegungsgründen verdient hervorgehoben zu werden der Grad der Wichtigkeit und Bedeutung, welche der Urheber des neuen Rechtssatzes diesem Rechtssatz aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls beilegt. Je größer diese Wichtigkeit und Bedeutung ist, desto eher ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber unbedingte Anwendung des Rechtssatzes gewollt habe. So ist z. B., wenn ein Gesetz die Ehescheidungsgründe anders ordnet, anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesem Gesetz die bereits geschlossenen Ehen habe unterwerfen wollen. Anderes Beispiel: in einem Staate wird das Hypothekenbuchsystem neu eingeführt; es ist anzunehmen, der Gesetzgeber habe nicht bloß das Entstehen neuer Hypotheken, sondern auch das Fortbestehen bereits begründeter an die Eintragung in das Hypothekenbuch binden wollen.

die früher entstandenen Rechtsverhältnisse dem neuen Rechtssatz nicht habe unterwerfen wollen. In diesem Sinne ist der gewöhnlich gelehrte Satz wahr, daß neue Rechtssätze (neue Gesetze) keine rückwirkende Kraft haben[4].

Der Grund, weßwegen im Zweifel nicht angenommen werden darf, daß der Urheber eines neuen Rechtssatzes die vorher entstandenen Rechtsverhältnisse der Bestimmung des Rechtssatzes habe unterwerfen wollen, ist der, weil es ein Uebel ist, wenn dasjenige, was eine rechtliche Ordnung einmal erhalten hat, dieser rechtlichen Ordnung wieder beraubt wird; die Betheiligten durften darauf rechnen, daß dieselbe fortbestehen werde, sie haben begonnen, sich auf sie zu verlassen. Daß der Urheber des Rechtssatzes dieses Uebel gewollt habe, darf ohne zureichende Gründe nicht angenommen werden[5]. Und zwar darf dabei auch kein Unterschied gemacht werden zwischen solchen Rechtssätzen, welche sich direct an die Thatsachen wenden und die Frage neu beantworten, ob ein bestimmter Thatbestand ein bestimmtes Recht zu erzeugen im Stande sei oder nicht, und zwischen solchen, welche zum unmittelbaren Gegenstand die Rechte selbst haben, entweder einem bisher anerkannten Rechte die rechtliche Anerkennung ganz entziehen, oder den Inhalt eines Rechts anders bestimmen[6]. Dagegen gilt das Gesagte eben auch nur

[4] L. 7 C. de leg. 1. 14. „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit“. (Wiederholt in c. 13 X. de constit. 1. 2.) L. 65 i. f. C. de dec. 10. 31, Nov. 66 c. 1 §. 4. Vgl. Cic. in Verrem I. 42. „De iure civili si quis novi quid constituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur“. Unrichtig ist es, wenn die zuerst genannte Stelle ausdrückliche Verfügung der Rückwirkung verlangt. Vgl. Seuff. Arch. XII. 119. — Böcking I S. 317 lehrt, ein Gesetz könne nicht rückwirkende Kraft haben, worunter er näher versteht, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege, „absolutes Unrecht“ sei. Ebenso Lassalle (s. übrigens Note 6 a. E.), welcher soweit geht, zu behaupten, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege, für den Richter unverbindlich sei (S. 55 fg.). Diese Ansicht findet sich schon bei G. Struve, über das positive Rechtsgesetz hinsichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (1831), S. 6. 30—34. 153. 154.

[5] Vgl. l. 29 C. de testam. 6. 23, Nov. 22 c. 1.

[6] Diese Unterscheidung macht Savigny (a. a. O. §. 384: Rechtssätze über den „Erwerb der Rechte“, Rechtssätze über das „Dasein der Rechte“, d. h. „Sein und Nichtsein“ und „So oder Anders sein“), indem er nur den

von solchen Rechtssätzen, welche in dem angegebenen Sinne über den Erwerb, das Dasein oder den Inhalt der Rechte bestimmen.

---

ersteren die rückwirkende Kraft abspricht, und zur Erläuterung folgende Beispiele beibringt. 1) Ein Rechtssatz schreibt vor, daß Eigenthum nicht mehr durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Tradition veräußert werden könne. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß bei einem Gegenstand, dessen Werth mehr als fünfzig Thaler beträgt, nur ein schriftlicher Vertrag klagbar sein solle. 2. Es wird in einem Staate die bisher bestehende Sclaverei aufgehoben, oder die Germanische Leibeigenschaft oder das Zehntrecht. Es werden Zehnten für ablösbar erklärt. Es wird vorgeschrieben, daß das Eigenthum (an beweglichen Sachen) nicht mehr durch Vindication verfolgt werden könne. — Es ist nun zwar nicht zu bezweifeln, daß alle hier unter 2) genannten Gesetze in Ermangelung entgegenstehender Gründe auch auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse der genannten Art bezogen werden müßten; aber nicht deßwegen, weil sie die Existenz oder den Inhalt der Rechte zum Gegenstand haben, sondern theils weil in ihnen ein sittliches oder nationalökonomisches Princip von großer Bedeutung vertreten wird, theils weil sie sonst nur einen sehr geringen Kreis der Anwendbarkeit finden würden, welcher zu dem Gewichte, mit dem das Gesetz auftritt, in keinem Verhältniß stehen würde (daß heutzutage noch Zehnten begründet werden, gehört zu den größten Seltenheiten), theils weil aus der Freilassung der bereits entstandenen Rechte sich eine heillose Verwirrung des Verkehrs ergeben würde, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe (bei jeder einzelnen beweglichen Sache müßte untersucht werden, ob Eigenthum an derselben vor oder nach dem neuen Gesetze erworben worden sei). Man vergleiche aber auf der anderen Seite folgende Fälle. Ein Rechtssatz hebt den älterlichen Nießbrauch oder das Recht der Minderjährigen auf Wiedereinsetzung auf. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß der Käufer nicht mehr die Gefahr der Sache tragen solle. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß Kauf nicht mehr Miethe brechen solle. Ich glaube nicht, daß in diesen Fällen — abgesehen von besonderen Gründen — Veranlassung vorhanden wäre, die bestehenden älterlichen Nießbrauchsrechte, die bestehenden Rechtsverhältnisse der Minderjährigen, die bestehenden Kauf- und Miethverträge mit unter die Bestimmung des neuen Rechtssatzes zu ziehen. S. auch l. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, Nov. 22 c. 1. Seuff. Arch. XII. 119, XIX. 3, [XXI. 91]; XVIII. 104, [XX. 99]. — Mit Savigny stellen auch Scheurl und Schmid a. a. OO. den allgemeinen Satz auf, daß die Gesetze über Dasein und Inhalt der Rechte die bestehenden Rechtsverhältnisse ergreifen. Diese Schriftsteller bestreiten aber (bei Scheurl ist dieß der Hauptgedanke), daß darin eine Rückwirkung liege, da solche Gesetze die Vergangenheit unberührt ließen. Das Letztere ist richtig; aber immerhin berühren sie der Vergangenheit angehörige Rechtsverhältnisse. — Lassalle lehrt: kein Gesetz darf rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Ver-

nicht von solchen, welche die bloße Aussicht auf einen Rechtserwerb, oder die Möglichkeit zu einem solchen, oder zu einer rechtlich wirksamen Handlung, zum Gegenstand haben.[7] Es läßt sich nicht mit der gleichen Sicherheit annehmen, daß der Urheber des Rechtssatzes eine solche Aussicht oder Möglichkeit habe schonen wollen, wie das von einem erworbenen Rechte angenommen werden muß[8].

§. 33.

Die Durchführung des aufgestellten Grundsatzes ist nicht immer ohne Schwierigkeit, namentlich in den Fällen nicht, wo der rechtsbegründende Thatbestand kein in einem bestimmten Zeitmoment abgeschlossener ist, sondern sich aus der Zeit des alten Rechtssatzes in die des neuen hinein erstreckt; jedoch kann hier

---

mittelung seiner Willensactionen trifft; jedes Gesetz darf zurückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenkunft eines solchen freiwilligen Actes trifft.

[7] Beispiele. Jemand ist der nächste Intestaterbe eines Lebenden, ein neues Gesetz zieht ihm einen Anderen vor. Ein Jude kann nach dem bestehenden Recht Grundeigenthum erwerben; ein neues Gesetz entzieht Juden diese Fähigkeit. Nach dem bestehenden Rechte tritt die Volljährigkeit mit dem 21. Jahre ein; ein neues Gesetz verlangt für dieselbe 25 Jahre. Und zwar wird man in dem letzteren Falle nicht bloß sagen müssen, daß diejenigen, welche zur Zeit des neuen Gesetzes das 21. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, erst mit dem 25. Jahre volljährig werden, sondern auch, daß diejenigen, welche bereits 21 aber noch nicht 25 Jahre alt sind, wieder minderjährig werden. Das Letztere wird häufig geleugnet, aber nicht aus zureichenden Gründen. Ein erworbenes Recht ist die Volljährigkeit gewiß nicht; sie gibt nur die Fähigkeit, in gewisser Weise rechtlich thätig zu werden. Wenn Frauen ohne Beistand für handlungsunfähig erklärt würden, wo sie früher handlungsfähig waren, so würde es Niemandem in den Sinn kommen, die bereits geborenen Frauen von der Bestimmung des Gesetzes auszunehmen; warum soll es anders sein, wenn ein Gesetz sagt: Einundzwanzigjährige sind nicht mehr handlungsfähig, sondern erst Fünfundzwanzigjährige? Man könnte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber die Verwirrung gewollt habe, welche daraus entstehen muß, wenn ein Volljähriger wieder zum Minderjährigen gemacht wird; aber Verwirrung ist es auch, wenn der Eine mit 21 Jahren volljährig ist, und der Andere erst mit 25 Jahren. Das versteht sich aber von selbst, daß die von einem Einundzwanzigjährigen vor dem neuen Gesetz bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gültig bleiben; durch sie sind Rechte erworben worden, welche das neue Gesetz nicht zurücknimmt. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. IV. 93. 199, XIX. 210.

[8] Damit soll aber natürlich nicht gesagt sein, daß nicht andere Gründe auch bei solchen Rechtssätzen auf die Annahme führen können, daß der Urheber

auf das Detail der Lehre nicht eingegangen werden[1]. Dagegen gehören hierher noch folgende Sätze.

1) Wenn sich ein Rechtssatz ausdrücklich rückwirkende Kraft beilegt, so ist das nicht so zu verstehen, als wenn auch Fälle welche durch gütliche Uebereinkunft oder rechtskräftiges Urtheil vollständig erledigt sind, von dem Rechtssatz ergriffen würden; sie

---

derselben sie auf bestehende Zustände und vergangene Thatsachen habe erstrecken wollen. Vgl. l. 29 C. de testam. 6. 23.

[1] Detailausführungen bei: Savigny VIII §. 388 fg., Unger I §. 21, Schmid S. 119 fg. — Nur Eine Frage soll hier berücksichtigt werden, die nach der Tragweite neuer Verjährungsgesetze; von derselben handeln im Besonderen: Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. 3 (1846), Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXII. 6 (1849), Scheurl a. a. O. S. 143 fg. Es ist Folgendes zu sagen. Eine begonnene Verjährung gibt noch kein Recht; daher wird sie von dem neuen Rechtssatz ergriffen, und es hat der Verjährende keinen Anspruch darauf, sie nach dem alten Rechtssatz zu vollenden, wenn der neue Rechtssatz sie für unzuläsig erklärt, oder für dieselbe eine Bedingung verlangt, welche nach dem früheren Rechtssatz nicht erforderlich war, z. B. guten Glauben. Es hat in dem letzteren Falle auch nicht etwa der Verjährende die Befugniß, wenigstens dann, wenn später die erforderliche Bedingung eingetreten ist, die unter dem früheren Rechtssatz ohne diese Bedingung abgelaufene Verjährungszeit zu der mit dieser Bedingung abgelaufenen hinzuzurechnen; der neue Rechtssatz verlangt diese Bedingung für die ganze Verjährungszeit. Erschwert dagegen der neue Rechtssatz nicht die Bedingungen der Verjährung, sondern erhöht er nur ihre Dauer, so wird dadurch die bisher abgelaufene Verjährungszeit nicht unnütz; denn daß der Ablauf der Zeit unter den vorhandenen Bedingungen eine Verjährung begründe, war auch schon früher Rechtens, und der neue Rechtssatz verlangt nur, daß ein gewisser Zustand eine gewisse Zeit gedauert habe, nicht, daß er unter seiner Herrschaft eine gewisse Zeit gedauert habe. Das Gleiche, daß die früher abgelaufene Zeit nicht unnütz wird, ist auch zu sagen, wenn der neue Rechtssatz die Verjährungszeit erniedrigt, nur nicht auch, daß die früher abgelaufene Verjährungszeit zu ihrem vollen Werthe gerechnet werden dürfe. Es würde darin eine Beeinträchtigung dessen, gegen den die Verjährung läuft, liegen, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe; was sich am Schärfsten herausstellt, wenn die bisher abgelaufene Verjährungszeit der Vorschrift des neuen Gesetzes bereits entspricht. (Die Verjährungszeit betrug bisher 20 Jahre; 10 Jahre sind verflossen; nun wird eine zehnjährige Verjährungszeit eingeführt). Man wird in einem solchen Falle dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers genügen, wenn man entweder die abgelaufene Verjährungszeit auf den Maßstab der neuen reducirt (in dem angegebenen Beispiel: abgelaufen ist die Hälfte der Verjährungszeit, die Hälfte von 10 ist 5), oder wenn man dem Verjährenden gestattet, entweder die Ver-

sind und bleiben erledigt[2]. Aber auch wenn ein Urtheil vorliegt, welches noch nicht rechtskräftig geworden ist, muß für den betreffenden Fall das frühere und nicht das neue Recht zur Anwendung gebracht werden, weil der Richter der höheren Instanz der Prüfung des angefochtenen Urtheils das zur Zeit, wo es gesprochen wurde, geltende Recht zu Grunde zu legen hat[3].

2) Rechtssätze, welche eine authentische Interpretation eines früheren Rechtssatzes aufstellen, legen ihren Inhalt in den früheren Rechtssatz hinein, und wollen sich also betrachtet wissen, als hätten sie bereits von der Zeit des früheren Rechtssatzes an gegolten. Deßwegen sind sie maßgebend für alle von dieser Zeit an begründeten Rechtsverhältnisse[4], aber nicht eigentlich kraft einer ihnen beigelegten rückwirkenden Kraft; sie sind maßgebend für jene Verhältnisse nicht obgleich dieselben einer vor ihnen liegenden Zeit angehören, sondern weil dieselben im Sinne des Rechtssatzes einer vor ihm liegenden Zeit nicht angehören. Daraus folgt, daß, wenn über einen Fall noch nicht rechtskräftig abgeurtheilt ist, dem Urtheil der höheren Instanz der Inhalt des auslegenden Rechtssatzes zu Grunde gelegt werden muß. Aber es kann daraus nicht gefolgert werden, daß auch Fälle, welche durch rechtskräftiges Urtheil oder auf gütlichem Wege bereits vollständig erledigt sind, von der Bestimmung des auslegenden Rechtssatzes neuerdings ergriffen würden[5].

---

jährung nach dem alten Gesetze zu vollenden oder nach dem neuen eine neue zu beginnen.

[2] Dieser Satz ist in den Quellen nicht principiell, aber in zahlreichen Anwendungen ausgesprochen. L. un. §. 4 C. de contr. iud. 1. 53, l. 17 C. de fide instr. 4. 21, l. 21 C. ad SC. Vell. 4. 29, l. 15 §. 5 C. de leg. her. 6. 58, Nov. 19 prooem. c. 1.

[3] Nov. 115 c. 1.

[4] Nov. 19 prooem., Nov. 143.

[5] Es ist dieß zwar die herrschende Meinung; aber man darf nicht vergessen, daß man es hier lediglich mit einer Auslegung des neuen (auslegenden) Rechtssatzes zu thun hat, und daß es eine Sache der äußersten Unwahrscheinlichkeit ist, daß ein Gesetzgeber vollkommen abgethane rechtliche Verhältnisse wieder aus ihrem Grabe habe hervorrufen wollen. Auch wenn ein Rechtssatz sich ausdrücklich rückwirkende Kraft beigelegt hat, versteht sich ja nicht von selbst, daß er sich auf die erledigten Fälle erstreckt. — Ganz leugnet die rückwirkende Kraft der interpretirenden Rechtssätze Bremer Jahrb. d. gem. R. II. 7 (1858);

II. Räumliche Grenzen.

§. 34.

Innerhalb der Zeit, für welche die Rechtssätze gelten, gelten sie für einen gewissen Raum. Dieser Raum kann mit dem Raume, welchen ein bestimmter Staat einnimmt, zusammenfallen, er kann enger, er kann auch weiter sein[1].

Die Frage ist aber die, ob innerhalb des Raumes, für welchen ein gewisser Rechtssatz gilt, derselbe unbedingt, mit Ausschluß des Rechts eines jeden andern Raumes, zur Anwendung gebracht werden müsse[2]. Diese Frage kann, wie die entsprechende, ob ein Rechtssatz innerhalb der Zeit, für welche er gilt, unbedingt zur Anwendung gebracht werden müsse, nur aus dem Willen des Urhebers des Rechtssatzes bez. des Rechtsganzen, welchem der Rechtssatz angehört, beantwortet werden. Und in analoger Weise, wie bei dieser Frage unterschieden wurde, ist auch hier zu unterscheiden: nämlich zwischen den Rechtsverhältnissen, die dem Raum, für welchen der Rechtssatz gilt, angehören, und zwischen denjeni-

---

seine Meinung ist, daß in denselben für die frühere Zeit nur eine Belehrung enthalten sei.

[1] Das gemeine deutsche Recht gilt für die größere Zahl der deutschen Staaten. Die deutschen Particularrechte umfassen zum größten Theil nur einen Theil des Gebietes des betreffenden Staates. (Vgl. darüber Roth, die deutschen Particularrechte, Arch. f. prakt. Rechtswissensch. VIII S. 317 fg.) §. 34.

[2] Diese Frage hat eine sehr reiche Literatur. Die ältere bei Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 230 fg. Aus der neueren Zeit ist vor Allem zu bemerken der genannte Aufsatz von Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV. 2. (1841), fortges. XXV. 1. 4. 12 (1842), und die ausführlichste Schrift über unseren Gegenstand: L. Bar das internationale Privat- und Strafrecht (1841). Ferner: Schäffner Entwickelung des internationalen Privatrechts (1861). Günther in Weiske's Rechtslex. IV S. 721—755 (1843). Pütter das praktische Europäische Fremdenrecht (1845). Savigny System VIII §. 345—382 (1849). Pfeiffer das Princip des internationalen Privatrechts (1851). Pütter Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 14 und XXXVIII. 3 (1854. 1855). Borneman'n Erörterungen aus dem Gebiete des Preußischen Rechts Heft 1 Nr. 2 (1855). R. Schmid (§. 32*) S. 4—101 (1863). — Kierulff S. 73—82, Sintenis I §. 7, Wächter II §. 18—20, Unger I §. 22. 23. Beseler deutsch. Privatr. §. 38. 39, Thöl Einl. in das deutsche Privatr. §. 71—85. — Aus der ausländischen Literatur: Jos. Story comment. on the conflict of laws foreign and domestic. Boston 1834. 2. Aufl. 1841. Foelix traité du droit international privé. Paris 1843. 2. Aufl. 1847. Rob. Phillimore comment.

gen, welche ihm nicht angehören. Es ist keiner Frage unterworfen, daß der Urheber des Rechtssatzes bez. des Rechtsganzen dem Rechtssatze für die seinem Raum angehörenden Rechtsverhältnisse unbedingte Anwendbarkeit hat beilegen wollen; für die dem Raume des Rechtssatzes nicht angehörenden Rechtsverhältnisse kann der Urheber des Rechtssatzes zwar das Gleiche gewollt haben, es ist aber die Annahme näher liegend, daß er für sie das Recht ihres Raumes habe zulassen wollen. Im Zweifel ist daher dieses Letztere anzunehmen. Und zwar kann es dabei keinen Unterschied machen, ob das Recht, welches concurrirt, ein Recht desselben Staates, oder ob es ein Recht eines fremden Staates ist. Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher das Recht eines fremden Staates principiell ausgeschlossen bleiben soll[3], beruht auf einer ungenügenden Auffassung des Verhältnisses der einzelnen in den völkerrechtlichen Verkehr aufgenommenen Staaten. Dieselben schließen sich nicht eifersüchtig gegen einander ab, sondern erkennen sich gegenseitig an als Mitarbeiter an der gemeinsamen Arbeit des Menschengeschlechtes, und in dieser Arbeit als Glieder einer höheren Gemeinschaft. So erscheint auch die Rechtsordnung eines jeden zu dieser Gemeinschaft gehörigen Staates jedem anderen zu derselben gehörigen Staate als Organ der allgemeinen Rechtsordnung, und daher in keinem andern Lichte, als seine eigene Rechtsordnung.

§. 35.

Die nähere Ausführung des aufgestellten Grundsatzes hat es mit zwei Punkten zu thun. Es ist zuerst die Frage zu beantworten, wann angenommen werden müsse, daß ein bestimmter

---

upon international law. London 1854—1861 (vol. 4: Private international law). — Ueber die Grundsätze des römischen Rechts s. noch Voigt ius naturale IV S. 285 fg., über die Grundsätze des älteren deutschen Rechts Stobbe Jahrb. d. gem. R. VI. 2. — Man spricht gewöhnlich von der „örtlichen Collission der Gesetze" (früher: „der Statute"), und nennt die Lehre auch wohl nach englischem und amerikanischem Vorbild die Lehre vom „internationalen Privatrecht".

[3] Sie wird vertreten von Pfeiffer (Note 2), Pütter (Note 2), Puchta Pand. §. 113, Hälschner Diss. iuris gentium de legum quae ad ius privatum pertinent vi et auctoritate, quam obtinent extra civitatis fines (1851).

Rechtssatz ausnahmsweise sich unbedingte Anwendbarkeit, selbst für die einem fremden Raume angehörigen Rechtsverhältnisse, habe beilegen wollen; es ist sodann festzustellen, welches der Punkt des Raumes ist, welchem die einzelnen Rechtsverhältnisse angehören.

Die erste Frage ist eine reine Auslegungsfrage, und daher zu erledigen durch Erwägung der Gesammtheit der Umstände, unter welchen der betreffende Rechtssatz auftritt. Von besonderer Wichtigkeit ist auch hier[1] der Grad der Wichtigkeit, welchen der Rechtssatz dem von ihm aufgestellten sittlichen oder nationalökonomischen Princip beilegt[2].

Für die Beantwortung der zweiten Frage sind folgende Sätze maßgebend[3].

---

[1] Vgl. §. 32 Note 3. §. 35.

[2] Savigny (§. 349) stellt den allgemeinen Satz auf, daß jedes auf Gründen der Sittlichkeit oder des öffentlichen Wohls beruhende Gesetz ausschließliche Anwendbarkeit für sich in Anspruch nehme. Derselbe weist ferner als „unter allen Umständen unanwendbar" aus „Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist", z. B. wenn das fremde Recht das Institut des bürgerlichen Todes kennt, das unsrige nicht. Noch weiter, als Savigny, geht Schmid a. a. O. S. 26 fg. Derselbe schließt die Anwendung fremden Rechts aus: 1) wenn sie nicht als Bedingung eines gesicherten nationalen Verkehres unter Privaten erscheine; 2) wenn durch sie eine Störung in der eigenen rechtlichen Ordnung herbeigeführt werde, die ein bedeutenderes rechtliches Interesse verletze, als in dem gesicherten internationalen Verkehre liege. — Vgl. Seuff. Arch. I. 35, VI. 306, VIII. 1. 7, IX. 1.

[3] Die Theorie, daß für jedes einzelne Rechtsverhältniß der Punkt des Raumes, welchem es angehört, sein „Sitz", besonders aufgesucht werden müsse, ist von Savigny aufgestellt worden. Früher suchte man die Frage zu erledigen durch die Eintheilung in statuta personalia, realia, mixta, wovon der Sinn folgender war: die Rechtsverhältnisse der Person als solcher bestimmen sich nach dem Recht des Wohnsitzes der Person, die Rechtsverhältnisse an Sachen nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache sich befindet, die Rechtsverhältnisse, welche aus Handlungen entstehen, nach dem Rechte des Ortes, wo die Handlungen vorgenommen worden sind; doch wurde in Betreff des Letzteren vielfach die Beschränkung hinzugefügt, daß das nur für die Form der Handlung gelten solle. Den schwächsten Punkt dieser Theorie bildeten offenbar die statuta mixta; gegen die beiden ersten Sätze derselben ist, wenn sie richtig gefaßt werden, was freilich nicht immer geschah, nichts einzuwenden. Vgl. über diese Theorie Wächter Arch. XXIV S. 270 fg., Savigny S. 121 fg., Bar S. 20 fg. — Andere Principien, welche man, vorbehältlich

1) Das Verhältniß der Person zum Rechte überhaupt, von welchem ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit abhängt, bekommt seine Beziehung auf den Raum durch den Wohnsitz der Person[4].

2) Die Rechtsverhältnisse an Sachen gehören demjenigen Punkte des Raumes an, wo die Sache sich befindet. Dieses gilt sowohl für bewegliche Sachen, wie für unbewegliche. Nur können bewegliche Sachen ihren Ort wechseln, und daher kann möglicherweise für den Erwerb des Rechts an denselben ein anderes Recht maßgebend sein, als für den Inhalt und den Fortbestand des Rechts[5].

---

von Ausnahmen, aufgestellt hat (vgl. darüber Wächter Arch. XXIV S. 298 fg., XXV S. 1 fg., Savigny VIII S. 124 fg., Bar S. 40 fg., Schmid S. 126), sind folgende. 1) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben begründeten Verhältnisse. 2) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben erworbenen Rechte. 3) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die Rechtsverhältnisse der Personen, welche unter demselben ihren Wohnsitz haben. Wächter stellt kein weiteres Princip auf, als daß nach dem fremden Rechte zu urtheilen sei, wenn dieß dem Sinne und Geiste des betreffenden einheimischen Rechtssatzes gemäß sei. Die Schrift von Bar bezeichnet sich als nähere Ausführung der Wächter'schen und Savigny'schen Principien (S. 58). Ueber Schmid, der im Uebrigen den Savigny'schen Ausgangspunkt anerkennt (S. 26), s. Note 2. [Für die Savigny'sche Grundauffassung auch Martin Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 226 fg.]

[4] Beispiele. Wer nach dem Recht seines Wohnsitzes mit 21 Jahren volljährig wird, muß auch unter einem Rechte, nach welchem die Volljährigkeit erst mit dem 25. Jahre eintritt, als volljährig anerkannt werden. Eine Frau, welche nach dem Rechte ihres Wohnsitzes ohne Beistand handlungsfähig ist, ist es auch für den Richter eines Ortes, dessen Recht die Handlungsfähigkeit der Frauen an die Zuziehung eines Beistandes bindet. — Ueber die diesem Grundsatz hinzuzufügenden Beschränkungen, und speciell über die dabei aufgestellte Unterscheidung zwischen Dasein der rechtlichen Eigenschaften einer Person an sich und den rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften, s. Wächter Arch. XXV S. 167 fg., Savigny S. 134 fg., Bar S. 148 fg., Schmid S. 32 fg. — Seuff. Arch. II. 2, IV. 236, XII. 243, XIII. 79. 181, XIV. 4, XV. 94. 199.

[5] Wenn z. B. an einer beweglichen Sache in einem Lande, dessen Recht für die Eigenthumsübertragung Tradition nicht verlangt, Eigenthum durch bloßen Vertrag erworben worden ist, und die Sache darauf in ein Land kommt, dessen Recht Tradition für nothwendig erklärt, so muß doch das Eigenthum an der Sache auch von dem Richter dieses Landes anerkannt werden. Vgl. Seuff. Arch. IV. 128. Wäre aber nach dem fremden Rechte eine unbedingte Vindication beweglicher Sachen begründet, nach dem einheimischen nicht, so müßte der

3) Der Punkt des Raumes, welchem obligatorische Rechtsverhältnisse[6] angehören, wird bestimmt durch den Wohnsitz der Parteien. An und für sich nicht minder durch den Wohnsitz des Gläubigers, wie durch den des Schuldners; da aber der Gläubiger derjenige ist, welcher verlangt, so muß er, um überhaupt etwas zu erlangen, das Recht des Wohnsitzes des Schuldners acceptiren, wenn dieser auf dem Recht seines Wohnsitzes besteht[7], umgekehrt aber auch das Recht seines eigenen Wohnsitzes, wenn es dem Schuldner paßt, auf dieses zu greifen. Anders nur bei solchen Obligationen, welche ihren Grund haben nicht in einer vorübergehenden Thatsache, sondern in einem dauernden Verhältnisse; Obligationen dieser Art gehören demjenigen Punkte des Raumes an, an welchem das begründende Verhältniß besteht[8]. Wird mit Rücksicht auf ein an einem bestimmten Ort bestehendes

Richter in Betreff dieser Frage nach dem einheimischen Recht entscheiden. Anderes Beispiel. Das einheimische Recht erkennt ein Pfandrecht an Mobilien nur als Faustpfand an, das fremde ohne diese Beschränkung; die in dem fremden Lande verpfändete Sache darf, nachdem sie in das Inland gelangt ist, nur so lange als verpfändet anerkannt werden, als sie in dem Besitze des Gläubigers bleibt. Wächter Arch. XXV S. 199. 200. 383 fg., Savigny S. 169 fg., Bar 188 fg., Schmid S. 53 fg. [Seuff. Arch. XVI. 1, XVII. 111; XXII. 205.]

[6] In Betreff der obligatorischen Rechtsverhältnisse gehen die Ansichten ganz ungemein auseinander. Wächter Arch. XXV S. 389 fg., Savigny S. 205 fg., Bar S. 230 fg., Schmid S. 63 fg.

[7] Vgl. Sachsensp. III. 33 §. 2. „Jewelk man mut ok antwerden vor' me koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte".

[8] Daher ist z. B. die obligatorische Wirkung einer Vormundschaft, einer Vermögensgemeinschaft, nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, wo die Vormundschaft geführt wird, wo die gemeinschaftlichen Vermögensobjecte sich befinden. — Eine bloß vorübergehende Thatsache vermag die Obligation an den Raum, wo die Thatsache auftritt, nicht zu fesseln. Dieß gilt nicht bloß von Rechtsgeschäften (anders noch vielfach die Praxis, Seuff. Arch. II. 120. 253, VI. 1, XI. 111, XII. 299, vgl. auch IV. 3, [XXII. 2]) sondern auch von Delicten. Wächter Arch. XXV S. 392 fg., Schmidt S. 74 fg.; anders Bar S. 243. 317 fg. Nur macht sich in Betreff der Delicte die Erwägung geltend, daß nicht anzunehmen ist, daß ein Staat geneigt sei, die Bestimmung der Folgen der auf seinem Gebiete begangenen Delicte einem fremden Rechte zu überlassen. Demgemäß ist wegen der im Inlande verübten Delicte der Ausländer wie der Inländer nach inländischem Recht zu beurtheilen. (Für das Recht des Delictsorts: Seuff. Arch. I. 153, II. 118, III. 295, IX. 247, vgl. auch

Verhältniß eine Obligation durch Vertrag begründet[9], so ist anzunehmen, daß die Parteien sich dem Rechte dieses Ortes haben unterwerfen wollen[10]. Auch in anderen Fällen kann eine stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter das Recht eines gewissen Ortes angenommen werden müssen, ohne daß sich darüber eine allgemeine Regel aufstellen ließe[11].

4) Familienverhältnisse[11a]. Der Sitz der Ehe bestimmt sich durch den Wohnsitz ihres Hauptes, des Ehemannes. Ebenso bestimmt sich der Sitz des Verhältnisses zwischen Aeltern und Kindern durch den Wohnsitz des Vaters, in Ermangelung des Vaters durch den Wohnsitz der Mutter. Wird der Wohnsitz hinterher

---

XIX. 212; für das Recht des Gerichtsorts das. II. 4, III. 135, IV. 4, IX. 1, XI. 3. Vgl. noch XIV. 197.)

[9] Z. B. es wird über eine Lieferung für ein an einem bestimmten Orte bestehendes Fabrikgeschäft contrahirt. Ein noch einfacheres Beispiel ist: es wird ein Grundstück verkauft (Seuff. Arch. VIII. 2).

[10] Es muß aber zugesehen werden, inwieweit dieß zulässig ist; es macht sich hier der Gegensatz zwischen zwingendem und nachgiebigem Recht (§. 30) geltend.

[11] Savigny hat den Satz zu begründen versucht, daß in allen Fällen, wo die Obligation einen fest bestimmten Erfüllungsort habe, anzunehmen sei, der Schuldner habe sich dem Rechte dieses Ortes unterwerfen wollen. Das ist gewiß nicht richtig; der Erfüllungsort kann für den eigentlichen Gehalt der Obligation ebenso gleichgültig sein, wie der zufällige Entstehungsort. Man nehme folgendes Beispiel. In Bayern schenkt Jemand eine Summe Geldes, um dem Beschenkten eine größere Reise möglich zu machen, und bestimmt, daß das Geld bei einem Bankier in Neapel solle ausgezahlt werden; nach Savigny's Regel müßte diese Schenkung nach Neapolitanischem Rechte beurtheilt werden. Die römischen Grundsätze von dem s. g. forum contractus hier einfach zu übertragen, wie Savigny thut, erscheint nicht hinreichend gerechtfertigt. Gegen Savigny auch Bar S. 232 fg., Schmid S. 67 fg. Für das Recht des Erfüllungsortes haben erkannt die Urtheile bei Seuffert II. 119, VII. 136, VIII. 3; vgl. VII. 28, XIV. 195, XV. 183, XIX. 5, [XXI. 2. Vgl. noch Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 23]. — Ueber l. 6 D. de evict. 21. 2 s. Savigny S. 252 fg. — Muß nach dem Ort der Obligation auch die Verjährungsfrage beurtheilt werden? Wächter Arch. XXV S. 408 fg., Savigny S. 273 fg., Bar S. 283 fg., Schmid S. 74. Seuff. Arch. II. 120, VI. 1, VIII. 7 Nr. 2, XII. 334 a. E., XIII. 5; VIII. 7 Nr. 1, IX. 246, XII. 334, XVI. 90. 184. [Concurs: Seuff. Arch. XXII. 113. 114 und Citate bei Nr. 113.]

[11a] Wächter Arch. XXV S. 184 fg., Savigny S. 324 fg., Bar S. 321 fg., Schmid S. 77 fg.

verlegt, so gilt von nun an das Recht des neuen Wohnsitzes[12]. — Der Sitz der Vormundschaft bestimmt sich durch den Wohnsitz des Mündels, es müßte denn für einen besonderen Theil des Mündelvermögens eine besondere örtliche Vormundschaft errichtet worden sein.

5) Erbrecht. Die Grundlage des Erbrechts bildet der Eintritt des Erben in das Vermögen des Verstorbenen als ideale Einheit, und der Sitz des Vermögens in diesem Sinne ist, wo auch die einzelnen Bestandtheile des Vermögens sich befinden mögen, kein anderer, als der Wohnsitz der Person. Daher wird Jemand beerbt, sowohl aus letztem Willen als ohne letzten Willen, nach dem Rechte seines Wohnsitzes, und dabei sind auch seine unbeweglichen Sachen nicht ausgenommen[13].

---

[12] Von nun an, d. h. die auf Grund der Ehe und des älterlichen Verhältnisses erwachsenen, und von ihrem Fortbestande unabhängigen, Rechtsverhältnisse bleiben unberührt. — Es ist eine weit verbreitete Meinung, daß durch die Verlegung des Sitzes der Ehe das einmal für sie geltend gewordene gesetzliche Güterrecht nicht alterirt werde. Gestützt wird diese Meinung hauptsächlich darauf, daß durch Eingehung der Ehe das gesetzliche Güterrecht stillschweigend zur vertragsmäßigen Norm erhoben worden sei. (Dafür die Urtheile bei Seuff. I. 152, X. 221, XIV. 106, [XX. 2]; ohne Berufung auf den stillschweigenden Vertrag IX. 302, XV. 95. Dawider VII. 137, XIV. 106 Nr. 2 XVIII. 1, vgl. auch XIV. 198). Da es keines Beweises bedarf, daß es sehr häufig bei der Eingehung der Ehe an einem bestimmten Bewußtsein der Ehegatten und namentlich der Ehefrau über das für die Ehe Platz greifende Güterrecht, und damit an aller Grundlage für die Annahme eines stillschweigenden Vertrages ganz fehlen wird, so hat Savigny mit einer „allerdings etwas subtilen" Unterscheidung (S. 112) an die Stelle des stillschweigenden Vertrags eine „freiwillige Unterwerfung" der Ehegatten gesetzt. Diese freiwillige Unterwerfung findet er aber lediglich in der Thatsache des Nichtwiderspruchs, und es ist nicht abzusehen, wie aus dieser Thatsache, insofern nicht eine Willenserklärung in ihr enthalten ist, irgend welche rechtliche Folge kann hergeleitet werden. Das Richtige ist, daß möglicherweise allerdings ein stillschweigender Vertrag kann angenommen werden müssen; aber das hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab. (In einem Urtheile des OAG. zu Kiel vom 26. November 1845 bei Seuff. Arch. VII. 137 findet sich das treffende Argument: entweder ist die Annahme eines stillschweigenden Vertrages für das Recht des Begründungsortes nicht gerechtfertigt, oder ebenso gerechtfertigt für das Recht des neuen Wohnortes). — Eine besondere Abhandlung über diese Frage ist die von Funk Arch. f. civ. Pr. XXI. 15. XXII. 5 (1838). [Bremer Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII. 7 (1858).]

[13] Wächter Arch. XXV S. 184 fg. 361 fg., Savigny S. 295 fg.,

6) Was die Form der Rechtsgeschäfte angeht, so ist durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht anerkannt, daß die Form des Ortes, für welchen das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist, genügt. Diese Form ist aber auch nur genügend, nicht nothwendig; genügend ist auch die Form des Ortes, wo das Rechtsgeschäft vorgenommen wird[14].

Wohnsitz*.

§. 36.

Es ist noch eine nähere Feststellung des im Vorhergehenden vielfach erwähnten Begriffes des Wohnsitzes erforderlich.[1] Seinen Wohnsitz hat der Mensch an dem Orte, wo der Mittelpunkt seiner Verhältnisse und seiner Thätigkeit ist[2], wenn er sich auch an diesem Orte nicht fortwährend, ja wenn er sich selbst an demselben regelmäßig nur vorübergehend aufhält[3]. Welches dieser Ort

---

Bar S. 376 fg., Schmid S. 93 fg. Seuff. Arch. I. 92, II. 354, IV. 92, VI. 307. 308, VII. 332, XIII. 121, XIV. 107, XV. 95. Früher wollten Viele die Immobilien auch für das Erbrecht unter das Recht der belegenen Sache stellen.

[14] Wächter Arch. XXV S. 368 fg. 405 fg., Savigny S. 348 fg., Bar S. 112 fg. Seuff. Arch. II. 5, X. 220, XVI. 89, XVIII. 204, XIX. 4. 6, [XX. 1; XXII. 112]. Nur für Rechtsgeschäfte, durch welche ein Recht an einer unbeweglichen Sache erworben werden soll, wird eine Ausnahme gemacht. Wächter Arch. XXX S. 383, Bar S. 203 fg., Schmid S. 55; Seuff. Arch. VIII. 2, [XXII. 214].

* Kierulff S. 122—128, Savigny VIII §. 353. 354.

§. 36. [1] Die Bedeutung des Begriffs des Wohnsitzes (Domicils, domicilium) beschränkt sich nicht auf die Bestimmung des anzuwendenden Rechts. Abgesehen von den Vorschriften über die Theilnahme an den öffentlichen Rechten und Lasten hat der Wohnsitz namentlich auch einen durchgreifenden Einfluß auf die Bestimmung des Gerichtsstandes.

[2] L. 7 C. de incolis 10. 39: — „in eo(dem) loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit". L. 203 D. de V. S. 50. 16: — „constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset". L. 17 §. 13 l. 27 §. 1 D. ad munic. 50. 1.

[3] Wie z. B. ein Kaufmann, der für sein Geschäft das ganze Jahr hindurch reist, während sein Gesellschafter die Geschäfte zu Hause besorgt.

sei, ist eine Frage, die im einzelnen Falle unter Erwägung aller Umstände gelöst werden muß[4]; für gewisse Fälle aber ist diese Frage durch eine gesetzliche Regel beantwortet[5]. In diesen Fällen ist auch der Wille der betreffenden Person gleichgültig; abgesehen von diesen Fällen ist die Begründung eines Wohnsitzes nicht möglich ohne den Willen des Begründenden. Von der anderen Seite reicht aber auch der bloße Wille nicht aus, wenn ihm das thatsächliche Verhältniß nicht entspricht. Ebenso verhält es sich mit der Aufhebung des Wohnsitzes[6]. Möglicherweise kann Jemand auch einen doppelten Wohnsitz haben[7], sowie gar keinen[8].

---

[4] Vgl. Seuff. Arch. X. 12, XIV. 65. Nach einem Rescripte von Hadrian sollte es als Begründung eines Wohnsitzes angesehen werden, wenn ein Studirender seinen Aufenthaltsort am Studienort 10 Jahre lang fortsetze, l. 2 C. de incol. 10. 39.

[5] S. g. gesetzlicher Wohnsitz (domicilium necessarium). Diese Fälle sind folgende. Die Ehefrau hat ihren Wohnsitz am Wohnsitze ihres Mannes (domicilium matrimonii, l. 32 l. 38 §. 3 D. ad munic. 50. 1, l. 5 D. de R. N. 23. 2), der Beamte am Orte seiner Amtsführung (l. 8 C. de incol. 10. 39, vgl l. 23 §. 1 D. ad munic. 50. 1), der Verwiesene am Strafort (obgleich er daneben auch seinen früheren Wohnsitz behalten kann), l. 22 §. 3 l. 27 §. 3 D. ad munic. 50. 1.

[6] L. 20 D. ad munic. 50. 1. „Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari".

[7] L. 5 l. 6 §. 2 l. 27 §. 2 D. ad munic. 50. 1, l. 22 §. 3 l. 27 §. 3. eod.

[8] L. 27 §. 2 cit.

Zweites Buch.

Von den Rechten überhaupt.

Erstes Kapitel.

Begriff und Arten der Rechte.

Begriff des Rechts.

§. 37.

Die Aufgabe der Rechtsordnung ist, wie die der sittlichen Ordnung, Regelung des menschlichen Wollens. Aber während die sittliche Ordnung vorschreibt, was gewollt werden müsse[1], gibt die Rechtsordnung Vorschriften darüber, was gewollt werden dürfe. Indem nun die Rechtsordnung in einem concreten Falle von einem gewissen Willensinhalt ausspricht, daß derselbe allen anderen Willen gegenüber zur Geltung gebracht werden dürfe, und daß alle anderen Willen sich demselben zu unterwerfen haben, schafft sie ein Recht (s. g. Recht im subjectiven Sinne, Berechtigung). Ein Recht ist also ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-Dürfen, eine von der Rechtsordnung verliehene Macht oder Herrschaft[2]. Daß der Staat dieser Macht und Herrschaft nöthigenfalls durch Zwang Geltung verschafft, folgt unmittelbar aus seiner

---

§. 37. [1] Auch das Unterlassen ist eine Bethätigung des Willens.

[2] Brinz §. 23 unterscheidet zwischen Dürfen (Befugniß) und Können (Macht); Dürfen: Befugniß zu factischer Thätigkeit, z. B. über ein Grundstück zu gehen, Können: Macht zur Hervorrufung einer rechtlichen Wirkung, z. B. zur Begründung einer Dienstbarkeit. Der Unterschied ist richtig, aber wird von Brinz mehr betont, als er zu verdienen scheint. Jedenfalls ist das Gemeinsame beider Fälle, daß in dem einen und dem anderen Falle einem bestimmten Willensinhalt Anspruch auf allgemeine Geltung zugeschrieben wird. — Gegen die Bezeichnung „Willensherrschaft" erklärt sich Fitting die Natur der Correalobligationen S. 28 Note 31; seine Gründe sind nicht überzeugend.

Aufgabe als Wächters der Rechtsordnung, aber gehört nicht nothwendig zum Begriffe des Rechts.

Dem Begriffe des Rechts gegenüber ist noch der Begriff des **Rechtsverhältnisses** zu bestimmen. Ein Rechtsverhältniß ist ein rechtlich bestimmtes Verhältniß. Dieses Verhältniß kann möglicherweise nur ein Rechtsverhältniß sein, d. h. ein von der Rechtsordnung erst geschaffenes Verhältniß, z. B. das Eigenthum, oder zugleich ein Lebensverhältniß, an welches die Rechtsordnung nur herantritt, z. B. der Besitz[3].

Unter Rechtsinstitut versteht man die Gesammtheit der auf ein Rechtsverhältniß bezüglichen Rechtsvorschriften. In diesem Sinne bezeichnet man z. B. das Eigenthum und den Besitz auch als Rechtsinstitute, ebenso die Ehe, die Obligation, den Vertrag 2c.

S. auch Brinz kr. Blätter III S. 3, Dernburg Pfandrecht I S. 105 Note 3. — Ihering Geist des römischen Rechts III §. 60. 61 will die Definition des Rechts gar nicht auf den Willen gestellt wissen. Er selbst definirt das Recht (Privatrecht) als: Interesse, für welches der Betheiligte Schutz durch Klage begehren könne. Ihering will damit betonen, daß die Rechte ihren Zweck in der Befriedigung menschlicher Interessen haben. Das ist gewiß richtig, aber gehört nicht in die Definition des Rechts. Ihering weist darauf hin, daß auch der Willensunfähige Recht haben könne. Bewiese dieses Argument, so würde es auch gegen Ihering's Definition beweisen; denn der Willensunfähige kann auch nicht klagen. Ihering nimmt keinen Anstand daran, daß statt des Willensunfähigen, in seinem Namen, ein Anderer klage: wird er nicht unserer Definition zugestehen, daß im Namen des Berechtigten ein Anderer wollen (den von der Rechtsordnung als maßgebend anerkannten concreten Willensinhalt geltend machen) könne?

[3] Der Begriff des Rechtsverhältnisses wird nicht immer mit der nöthigen Klarheit und Bestimmtheit gefaßt. Namentlich wird die im Texte hervorgehobene doppelte Bedeutung, in welcher der Sprachgebrauch das Wort anwendet, häufig verkannt oder doch nicht gehörig betont, was im Besonderen auch die Verständigung darüber, ob das Privatrechts-System System der Rechte oder der Rechtsverhältnisse zu sein habe (§. 13), erschwert hat. Ferner wird vielfach das Rechtsverhältniß einseitig als Verhältniß zwischen Person und Person bezeichnet. Eigenthum und Besitz sind Rechtsverhältnisse, aber nicht zwischen Person und Person, sondern zwischen Person und Sache. Endlich ist auch die Behauptung nicht zu billigen (Savigny I §. 4, Puchta §. 29), daß das Recht eine einzelne, durch Abstraction ausgeschiedene Seite des Rechtsverhältnisses, das Rechtsverhältniß ein Complex von Rechten sei. Es wird dabei als Wesen der Sache hingestellt, was nur möglich ist; aus dem Darlehnsgeschäft z. B. entsteht nichts als das Recht des Gläubigers. Vgl. jetzt auch, theilweise abweichend, aber nicht über-

Verschiedenheit der Rechte.

Dingliche und persönliche Rechte, Familien- und Vermögensrechte.

§. 38.

Eine wesentliche Verschiedenheit der (Privat-) Rechte wird zunächst begründet durch die Verschiedenheit ihres Gegenstandes[1], d. h. desjenigen, wofür das berechtigte Wollen die entscheidende Norm bildet. Im letzten Resultate zwar ist dasjenige, wofür das berechtigte Wollen die entscheidende Norm bildet, bei allen Rechten Ein- und Dasselbe, nämlich der Wille der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen. Aber nicht bei allen Rechten ist dieser Wille der nächste und unmittelbare Gegenstand; der nächste und unmittelbare Gegenstand des Rechts kann auch sein 1) die eigene Person, 2) ein unpersönliches Stück der Außenwelt, eine Sache. Den Rechten an der eigenen Person und den Rechten an Sachen stehen dann 3) diejenigen Rechte gegenüber, deren Gegenstand unmittelbar eine fremde Person ist.

§. 39.

Daß es Rechte gibt, welche die eigene Person des Berechtigten zum Gegenstande haben, ist ebenso unzweifelhaft, als es unzweifelhaft ist, daß dieselben einer besonderen Darstellung im Privatrechtssystem nicht bedürfen.

Der Wille eines Menschen kann als entscheidende Norm für die eigene Person gedacht werden zunächst nach der Seite ihrer leiblichen Existenz. Nach dieser Seite steht dem Menschen zu ein Recht auf Leben und die Functionen, in welchen sich das Leben des Körpers äußert, ferner auf körperliche Integrität, endlich auf ungehinderte Verfügung über den eigenen Körper (Freiheit). Diese Rechte bedürfen einer besonderen Darstellung im Privatrechtssystem deßwegen nicht, weil weder ihre Existenz unsicher, noch ihre Begrenzung zweifelhaft sein kann, aus ihrer Verletzung aber, insofern nämlich eine Verletzung derselben möglich ist, wenn überhaupt civilrechtliche Folgen, selbständige Rechte (Forderungs

---

zeugend, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 4—13. [Ueber diese Schrift überhaupt s. Bürkel krit. VJSchr. XI S. 191 fg.]

§. 38. [1] Vgl. hierzu Unger I S. 499—503.

rechte) entstehen. — An und für sich kann ferner der Wille des Menschen als entscheidende Norm für die eigene Person auch nach der Seite ihrer geistigen Existenz gedacht werden. Man gelangt dadurch zur Annahme eines Rechts auf Bethätigung des Geistes in seinen verschiedenen Functionen. Dieses Recht ist aber zum Theil wieder, sowohl was seine Existenz als was seinen Umfang angeht, weder bestreitbar noch verletzbar, so das Recht auf Bethätigung des Denk- und Empfindungsvermögens, und in gleicher Weise verhält es sich auch mit dem Recht auf Bethätigung des Willensvermögens, insofern in dieser Bethätigung eine Einwirkung auf fremde Personen oder Sachen nicht enthalten ist. Insofern aber in der Bethätigung des Willensvermögens über die eigene Person hinausgegangen wird, ist die Frage, ob dieselbe rechtmäßig sei oder nicht, identisch mit der Frage nach dem Inhalt der gesammten übrigen Rechtsordnung[1].[2]

[1] Gegen die Annahme eines Rechts an der eigenen Person hat Savigny (I S. 336) geltend gemacht, daß diese Annahme in consequenter Entwickelung zur Anerkennung eines Rechts auf Selbstmord führe. Mit nichten: es folgt aus derselben nur, daß der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen nicht Unrecht thut. Denn alles Privatrecht beschäftigt sich nur mit der Beantwortung der Frage, inwiefern der Wille des Einzelnen von den ihm gegenüberstehenden Einzelnen anerkannt werden müsse. — In einem ganz besonderen Sinne spricht Puchta (Rhein. Mus. III S. 305, Inst. I §. 30, Pand. §. 22. 46. 114 fg. und Vorl. dazu) von Rechten an der eigenen Person. Er versteht darunter diejenigen Rechte, in denen der Willen sich selbst zum Gegenstand habe, nicht in dem Sinne aber, daß derselbe Anerkennung für seinen Inhalt, sondern in dem Sinne, daß er Anerkennung für seine Qualität als Willen einer Person fordere, weßwegen auch Puchta das Recht an der eigenen Person als Recht der Persönlichkeit bezeichnet. Puchta hat in dieser Auffassung Niemanden zum Nachfolger gehabt. In der That liegt es auf der Hand, daß sein „Recht der Persönlichkeit" weder ein Recht an der eigenen Person ist, noch überhaupt ein Recht. Die Anerkennung des Willens des Menschen in abstracto, als eines Willens, der möglicherweise ein berechtigter Willen sein könne, ist etwas, was die Grundlage aller Berechtigungen bildet, aber sie ist selbst kein Recht. Gegen Puchta vgl. Savigny I S. 337. a, Schröter krit. Jahrb. IV S. 294, Arndts das. VII S. 298, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 43—49. Puchta stellt unter diese Rechte an der eignen Person auch den Besitz; darüber §. 148 Note 6, §. 150 Note 5. — Auch Neuner (§. 37 Note 3) S. 15 fg. stellt ein „Recht der Persönlichkeit" auf, und definirt dieses Recht als: Recht der Person, sich Selbstzweck zu sein, sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten. Als Inhalt dieses Rechts

§. 40.

Die Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine Sache, d. h. ein Stück der nicht mit Vernunft begabten Außenwelt ist, werden dingliche Rechte genannt[1]. Ein Unterschied zwischen diesen Rechten wird dadurch begründet, daß das berechtigte Wollen die entscheidende Norm für die Sache bilden kann entweder in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, — dieß macht das Wesen des Eigenthumsrechts aus, — oder in einer oder mehreren einzelnen Beziehungen, während die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen einem fremden Willen unterworfen ist: dingliche Rechte an fremder Sache[2].

§. 41.

Die Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine fremde Person ist, haben zum (unmittelbaren) Inhalt die Unterwerfung des Willens dieser Person. Diese Unterwerfung kann eine mehr oder minder weitgehende sein. Bei einer gesteigerten Unterwer-

---

bezeichnet er unter Anderem auch das Recht auf Vornahme von Rechtsgeschäften, und reiht in Verbindung damit in die Lehre vom Recht der Persönlichkeit auch die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit und die Vormundschaft ein. Die Widerlegung würde hier zu weit führen.

[2] Statt der Kategorie Rechte an der eigenen Person stellen Andere eine Kategorie Personenrechte auf, wofür auch der Ausdruck Statusrechte, Zustandsrechte gebraucht wird, vgl. namentlich Wächter II §. 45. Sie verstehen darunter die Rechte, welche der Person als solcher, „eben weil sie Person ist", oder „nach ihrer Stellung in gewissen einzelnen dauernden Grundverhältnissen", namentlich auch in der Familie, zustehen. Die Bildung dieser Kategorie ist unter dem Einfluß der römischen Kategorie ius quod pertinet ad personas erfolgt. Dieses ius quod pertinet ad personas umfaßt die Rechtssätze, welche sich auf die Person beziehen, wenn man dieselbe nicht als in Vermögensverhältnissen stehend betrachtet, und handelt im Einzelnen von dem, was man den status libertatis, civitatis, familiae genannt hat. Vgl. §. 55 Note 8 und Unger I §. 60.

§. 40. [1] Andere jetzt beseitigte Auffassungen des dinglichen Rechts (vgl. Wächter Erörter. I. 4, Vangerow I §. 113, Unger I S. 511—513): 1) das dingliche Recht ist das gegen Jeden verfolgbare Recht; 2) das im römischen Recht mit einer in rem actio geschützte Recht (Thibaut Versuche II Nr. 2); 3) das Eigenthumsrecht und alle Rechte, auf welche die Eigenthumsklage ausgedehnt worden ist (Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 252 fg. 368 fg., dageg. Puchta Rhein. Mus. I S. 286 fg.). Vgl. auch Wächter Erörter. I S. 109—111.

[2] Vgl. unten §. 167.

fung des Willens der fremden Person spricht man von einer Gewalt über dieselbe. Dem römischen Rechte waren Gewalten bekannt, welche den Willen des Unterworfenen dem Willen des Berechtigten gegenüber vollständig negirten; das heutige Recht kennt solche Gewalten nicht mehr. — Wichtiger ist folgender Unterschied zwischen den hierher gehörigen Rechten. Entweder sind sie Machterweiterungen der einzelnen Person als solcher, ihr verliehen um ihretwegen; oder sie sind Ausflüsse einer Familienverbindung, in welcher die Person steht. Die Familie ist nicht allein, und nicht vorzugsweise, ein Rechtsverhältniß; sie empfängt ihre Ordnung zunächst durch das Sittengesetz, sie legt Pflichten auf und gibt nicht Rechte, und diese Pflichten haben zum Gegenstand nicht sowohl ein bestimmtes äußeres Verhalten, als das Haben und Bethätigen einer gewissen Gesinnung. Als so geordnet findet das Recht die Familie vor, und bestrebt sich, den sittlichen Geboten, welche an sie ergehen, soviel es dieß vermag, auch äußere Anerkennung zu verschaffen. Insofern es dabei nun dem Einen gebietet, seinen Willen dem Anderen zu unterwerfen, kann man sagen, daß es diesem Anderen ein Recht beilege. Aber ein solches Recht ist doch wesentlich verschieden von allen übrigen Rechten. Es entsteht erst aus der Pflicht; die Pflicht ist das Principale, das Recht erst die Consequenz; während alle übrigen Rechte nicht aus der Pflicht entstehen, sondern die Pflicht erst aus sich erzeugen[1]. — Diese Auffassung ist jedoch nicht die ursprüngliche des

---

[1] Zu weit geht die Behauptung (Savigny I §. 54, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Proz. XIX S. 66 fg., Rudorff zu Puchta Vorles. §. 46 Anm. 1, Unger I §. 60 a. E.), daß die gegenseitige Unterwerfung der durch die Familie verbundenen Personen zum juristischen Inhalt der Familienverhältnisse überhaupt nicht gehöre, sondern derselbe sich auf die Voraussetzungen ihrer Möglichkeit, ihre Entstehung und Beendigung, und den von ihnen auf andere Verhältnisse, namentlich das Vermögen, ausgeübten Einfluß beschränke. Das Recht des Mannes gegen die Frau auf Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung, das Recht des Vaters gegen das Kind auf Gehorsam, ist ein anderes Recht, als das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner, aber immerhin ein Recht. — Brinz §. 22 [s. jetzt aber auch S. 1151. 1208] will die Familienrechte aus dem Kreise der Privatrechte ganz ausweisen. „Wo immer in einem Rechte zugleich eine Pflicht ist, wie z. B. in der väterlichen und in der vormundschaftlichen Gewalt, hört der Egoismus des Rechts, und damit das

§. 41.

römischen Rechts. Nach der ursprünglichen Auffassung des römischen Rechts sind die Rechte des Mannes und des Vaters gegenüber Weib und Kind reine Rechte und stehen mit den übrigen dem Berechtigten um seiner selbst willen verliehenen Rechten auf gleicher Linie. Im neuesten römischen Rechte aber erscheinen diese Rechte soweit abgeschwächt, daß sie über das, was der anderen Seite durch die Pflicht geboten ist, nicht mehr hinausgehen. — Diejenigen Rechte an fremden Personen, welche ihren Grund nicht in der sittlichen Idee der Familie haben, heißen **Forderungs-** oder **obligatorische Rechte (Obligationen)**. Zur Bezeichnung der Rechte an fremden Personen überhaupt empfiehlt sich, im Gegensatz des Ausdrucks dingliche Rechte, der Ausdruck persönliche Rechte, welcher jedoch regelmäßig nur für die Forderungsrechte gebraucht wird[2].

§. 42.

Die dinglichen und die Forderungsrechte kommen darin überein, daß sie dem Berechtigten um seiner selbst willen zustehen. Diese ihre gemeinschaftliche Natur wird durch den Ausdruck **Vermögensrechte** bezeichnet[1].

Die einer Person zustehenden Vermögensrechte bilden ihr **Vermögen**. Das Vermögen kommt jedoch im Rechte nicht bloß in Betracht als die Summe, das Aggregat, der einzelnen Vermögensrechte einer Person, sondern auch als ihre Gesammtheit, als ihre Einheit, d. h. als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ganze, als ein Ding, welches als dieses besonderen recht-

---

Privatrecht auf". Auch das geht zu weit. Es sind zwar Rechte um der Familie willen, aber doch immer nicht Rechte der Familie, von denen es sich hier handelt.

[2] In einem noch anderen Sinne werden unter persönlichen Rechten diejenigen verstanden, welche von der Person des Berechtigten unabtrennbar sind (auch wohl höchst persönliche Rechte genannt). Vgl. auch **Wächter** Erörter. I S. 107—109.

§. 42. [1] **Savigny** I §. 340. b: „Die deutsche Bezeichnung des angegebenen Rechtsbegriffes ist die bezeichnendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder **vermögen**". Uebrigens sprechen auch die Römer von „facultates", z. B. l. 5 §. 19 D. de agnosc. 25. 3, l. 16 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. **Neuner** (§. 37 Note 3) S. 43.

lichen Bestimmungen unterliegt[2]. Wo aber das Vermögen in dieser Weise in Betracht kommt, werden zu demselben nicht bloß die Rechte der Person gezählt, sondern auch ihre Verbindlichkeiten. Hiernach ist zwischen dem Vermögen im natürlichen, und dem Vermögen im juristischen Sinne zu unterscheiden[3]. —

Ein sehr gewöhnlicher, im Leben entstandener, aber vom Rechte festgehaltener Sprachgebrauch nennt statt des Eigenthumsrechts die Sache, an welcher es stattfindet[4]. Auf diesem Wege weiter gehend denkt man sich nun auch die übrigen Vermögensrechte, d. h. die Rechte an fremden Sachen und die Forderungsrechte, insofern auch sie Vermögensbestandtheile sind, als Sachen, und nennt sie, da sie nur in der Vorstellung, nicht in körperlicher Wirklichkeit existiren, gegenüber den körperlichen Sachen unkörperliche

---

[2] Der Begriff der Gesammtheit oder des Ganzen, als Dessen, was ein Anderes ist, als die Summe seiner Theile, von welchem Begriff schon oben gesagt wurde, daß er ein für das Recht höchst wichtiger Begriff sei (§. 1 Note 1), tritt hier in einer neuen Anwendung auf. Die römische Bezeichnung für denselben ist universitas. Das Vermögen ist eine universitas von Rechten und Verpflichtungen; unten werden wir universitates von Sachen und von Personen kennen lernen.

[3] L. 208 D. de V. S. 50. 16, l. 3. pr. D. de B. P. 37. 1; l. 39 §. 1 l. 49 D. de V. S. In der letzteren Stelle wird der Gegensatz zwischen dem natürlichen und dem juristischen Begriff des Vermögens ausdrücklich hervorgehoben. „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse". Aber dieser natürliche Begriff des Vermögens ist dem Rechte gleichgültig; durch die Zusammenfassung bloß der Vermögensrechte entsteht für dasselbe kein neues, besonderen Bestimmungen unterliegendes Ding. Der juristische Begriff des Vermögens wird in der angeführten Stelle nicht weiter entwickelt. — Die verschiedenen Seiten des Vermögens im juristischen Sinne bezeichnet man wohl durch die Ausdrücke Activ- und Passivvermögen. — Neuner (§. 37 Note 3) stellt (S. 90 fg.) einen neuen Begriff des Vermögens im juristischen Sinn, oder wie er sich ausdrückt, des „ideellen Vermögens" auf. Dasselbe bestehe primär in der Vermögensfähigkeit, welche vom Rechte als objectivirt gedacht und zu einem unkörperlichen Gute erhoben werde (der Mensch hat die Vermögensfähigkeit), und nur secundär in den Activis und Passivis, welche nicht Bestandtheile, sondern Dependenzen des Vermögens seien, so daß ihr eigentliches Subject nicht sowohl der Mensch, als vielmehr sein ideelles Vermögen sei. Ich glaube nicht, daß diese Auffassung Anhänger finden wird. [Mandry Begriff und Wesen des Peculium S. 13.]

[4] Man sagt von einem Vermögen, daß es aus Grundstücken, beweglichen Sachen bestehe, obgleich eine Sache nur insofern Bestandtheil unseres Vermö-

Sachen[5]. Als eine solche unkörperliche Sache erscheint dann aber auch wieder das Vermögen selbst, die Zusammenfassung der einzelnen Vermögensbestandtheile, da auch es als diese Zusammenfassung, als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ding, keine wirkliche, sondern nur eine vorgestellte Existenz hat[6]. — Man muß sich hüten, dieser Zusammenfassung der Vermögensdinge unter dem Gesichtspunkt der Sache größere Bedeutung für das Recht zuzuschreiben, als ihr in der That zukommt. Eine rücksichtslose Ausbeutung dieses Gesichtspunktes würde dazu führen, alle Vermögensrechte den gleichen rechtlichen Grundsätzen, und zwar denselben wie dem Eigenthumsrechte, zu unterwerfen. Dem römischen Rechte ist es nicht in den Sinn gekommen, bis zu diesem Extreme

gens wirklich ist, als sie sich in unserem Eigenthumsrechte befindet. Man spricht von dem Haben, Erwerben ꝛc. einer Sache, und meint damit das Haben, Erwerben ꝛc. des Eigenthumsrechts an derselben.

[5] L. 1 §. 1 D. de R. 1. 8 (= tit. I. de rebus corporalibus et incorporalibus 2. 2). „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur“. — Irrthum: in der Eintheilung der res in res corporales und incorporales bezeichne res Rechte (v. Buchholtz Versuche Nr. 1). Es bezeichnet Vermögensbestandtheile. Den Gegensatz der unkörperlichen Sache bildet nicht das Eigenthumsrecht (als ius corporale, wie v. Buchholtz meint), sondern die körperliche Sache. Vgl. auch noch Wächter II S. 207—210, Unger I S. 358—361.

[6] Wie das Vermögen selbst eine unkörperliche Sache ist („iuris nomen“ l. 178 §. 1 D. de V. S. 50. 16, „iuris intellectum habet“ l. 50 pr. D. de H. P. 5. 3), so ist es eine Gesammtheit von körperlichen und unkörperlichen Sachen, eine universitas rerum. Wenn man es früher eine universitas iuris (nicht iurium) nannte, so wollte man damit bezeichnen, daß es ein Ganzes durch Rechtsvorschrift sei, im Gegensatz der durch factische Zusammenfassung entstandenen s. g. universitas hominis oder facti (z. B. Heerde, Bibliothek). Diese Entgegensetzung ist irrig; denn auch das Vermögen ist zunächst doch eine factische Zusammenfassung, und die s. g. universitas facti nicht minder auch

vorzugehen; wie weit es in der rechtlichen Gleichstellung der körperlichen und unkörperlichen Sachen wirklich gegangen ist, muß bei den einzelnen Rechtsmaterien angegeben werden. Dabei wird namentlich auch die Frage ihre Erledigung finden, ob die unkörperliche Sache selbst wieder Gegenstand eines Rechts werden könne. Hier ist nur darauf aufmerksam zu machen, daß diese Frage nicht aus logischen Gründen verneint werden darf. Der Begriff: Recht an einem Rechte ist nicht, wie man gemeint hat, ein logisches Unding. Ein Recht an einem Rechte ist vorhanden, sobald der Eine das Recht hat, das Dürfen, welches den Inhalt des Rechts eines Andern bildet, für sich geltend zu machen[7].

Die Ansprüche.

§. 43.

Von Anspruch redet die deutsche Sprache, wo Jemand von einem Andern etwas verlangt. Der Sprachgebrauch versteht aber unter Anspruch nicht bloß die Thatsache des Ansprechens, sondern auch die Befugniß zum Ansprechen, also die vom Rechte zuerkannte Befugniß, von einem Andern etwas zu verlangen[1]. In diesem Sinne wird der Ausdruck hier gebraucht werden.

Der Anspruch ist keine besondere Art des Rechts; der Anspruch ist eine Function des Rechts. Der Anspruch ist das Recht in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens. Da nun alle Rechte in letzter Linie auf die Unterwerfung menschlichen Willens gerichtet sind (§. 38), so könnte man versucht sein, zu sagen, daß alle Rechte in den ihnen entsprechenden Ansprüchen bestehen. Dabei würde man jedoch unbeachtet lassen, daß nicht alle Rechte unmittelbar auf die Unterwerfung menschlichen Wil-

---

eine juristische. S. über diese Eintheilung und über die der universitas iuris fälschlicherweise zugeschriebenen Eigenthümlichkeiten die Abhandluugen von Hasse und Mühlenbruch Archiv f. civ. Pr. V. 1 und XVII. 12, ferner Wächter Erörter. I. 1, auch Sintenis I §. 41 Anm. 60, Vangerow I §. 71 Anm., Unger I S. 470—475. [Bechmann Dotalrecht II S. 178 fg., Mandry Begriff und Wesen des Peculium S. 15 fg. 45 ob. 74 fg.].

[7] Vgl. noch Neuner (§. 37 Note 3) S. 52. 53, Bekker kr. VJSchr. VI S. 479, Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 20—25, [F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 36 fg. 84 fg.]

[1] Man sagt: Jemand hat einen Anspruch, Jemandem steht ein Anspruch §. 43.

lens gerichtet sind, und daß namentlich die dinglichen Rechte (von den Rechten an eigener Person kann hier nach dem §. 39 Gesagten abgesehen werden) zum unmittelbaren Gegenstand die Sache und zum unmittelbaren Inhalt die Herrschaft über die Sache haben. Die Befugniß, von Andern etwas zu verlangen, nämlich daß sie sich mit dieser Herrschaft nicht in Widerspruch setzen, ist erst eine Consequenz des dinglichen Rechts, während die Forderungs- und die Familienrechte die Herrschaft über menschlichen Willen zum unmittelbaren Inhalt haben, und sie daher allerdings in den ihnen entsprechenden Ansprüchen bestehen, in diesen Ansprüchen aufgehen[2].

Mit dem hier bemerkten Gegensatz steht ein anderer in Verbindung. Da das dingliche Recht zum unmittelbaren Inhalt die Herrschaft über eine Sache hat, so ist der ihm entsprechende Anspruch[2a] nicht auf eine bestimmte Person des Verpflichteten beschränkt, sondern geht gegen Jedermann. Dagegen hat der dem Forderungsrecht entsprechende Anspruch, wie das Forderungsrecht selbst, zum Gegner eine bestimmte Person. Die familienrechtlichen Ansprüche theilen in dieser Beziehung, was das Verhältniß zwischen den Familiengliedern selbst angeht, die Natur der Forderungsansprüche; da aber bei den Familienrechten zugleich eine Störung des ihrer sittlichen Idee entsprechenden Zustandes von Außen möglich ist[3], so gibt es auch familienrechtliche Ansprüche

---

zu, und fügt nicht hinzu: ein rechtlich anerkannter Anspruch. Diese Redeweise, in welcher die Thatsache genannt wird zur Bezeichnung des Rechts, ist auch dem römischen Rechte durchaus geläufig. Die Ausdrücke: ususfructus, pignus, emphyteusis, superficies gehen sämmtlich zunächst auf etwas Thatsächliches, und sind doch ganz gebräuchliche Bezeichnungen des Rechts. Noch unmittelbar gehört hierher der Ausdruck actio. Vgl. §. 44 Note 2.

[2] Die im Text bezeichnete irrige Auffassung ist früher eine weit verbreitete gewesen, und hat auch auf neuere Gesetzgebungen einen wesentlichen Einfluß ausgeübt. Vgl. Windscheid die Actio des röm. Civilr. S. 19—23.

[2a] Es ist ohne Grund, wenn Neuner (§. 37 Note 3) behauptet (S. 153. 157. 158. 171), daß bei den dinglichen Rechten vor ihrer Verletzung von einem Anspruch nicht geredet werden dürfe. Wenn vor der Verletzung des dinglichen Rechts eine Verbindlichkeit des dem dinglichen Recht Gegenüberstehenden, sich mit dem dinglichen Rechte nicht in Widerspruch zu setzen, vorhanden ist, so ist auch ein Recht vorhanden, ein dieser Verbindlichkeit gemäßes Verhalten zu verlangen.

[3] Z. B. Vorenthaltung der Ehefrau, des Kindes durch einen Dritten.

mit unbestimmtem Gegner[4].[5] — Uebrigens ist der hier zwischen den dinglichen und den Forderungsansprüchen hervorgehobene Gegensatz kein unbedingter. Denn einerseits kann es auch bei Forderungsrechten vorkommen, daß ihnen ein unbestimmter, durch ein gewisses Verhältniß erst zu bestimmender, Verpflichteter gegenübersteht, so daß auch der ihnen entsprechende Anspruch, wenngleich nicht gegen Jeden schlechthin, doch gegen Jeden gerichtet werden kann, der in jenes Verhältniß hineintritt[6]. Andererseits ist es mit dem Wesen des dinglichen Rechts nicht unverträglich, daß dessen Wirksamkeit gegen gewisse Personen ausgeschlossen sei, so daß diese Personen sich dem aus dem

Busse actio in rem scripta

---

[4] S. II §. 490 Nr. 5, II §. 520 Nr. 2. Doch ist diese Richtung nach Außen bei den familienrechtlichen Ansprüchen nur die untergeordnete, während sie bei den dinglicheu Ansprüchen die wesentliche, ja die alleinige ist.

[5] Auf den Gegensatz der Bestimmtheit und Unbestimmtheit des Gegners in den den Rechten entsprechenden Ansprüchen hat man eine Unterscheidung der Rechte in absolute und relative gebaut. Neuner (§. 37 Note 3) leugnet (S. 40 fg. 70 fg. 152) die Berechtigung dieser Unterscheidung, weil auch das Forderungsrecht nicht bloß nach Innen, sondern auch nach Außen wirke. Aber dieß ist nicht richtig. Was das sog. Recht auf Anerkennung angeht s. §. 45 g. E., Unmöglichmachen aber der Verwirklichung der obligatorischen Herrschaft durch einen Dritten ist nicht als solches Unrecht, sondern verpflichtet nur, wenn die Handlung, durch welche es herbeigeführt wird, schon an und für sich unrechtmäßig ist, zum Schadenersatz (l. 18 §. 5 l. 19 D. de dolo 4. 3), so daß auch dabei das Forderungsrecht nicht in seiner Eigenschaft als Willensherrschaft, sondern nur in seiner Eigenschaft als Vermögenswerth in Betracht kommt. [Unger I §. 62 Note 8. F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 16 fg. 93 fg.]

[6] So geht z. B. das Forderungsrecht, und so der Anspruch, welche Jemandem daraus erwachsen, daß er zu einer ihm rechtlich schädlichen Handlung gezwungen worden ist, gegen Jeden, in dessen Händen sich etwas von dem Aufgeopferten vorfindet. Vgl. §. 45 Note 6. — Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 192 fg. hat die Behauptung aufgestellt, daß nach heutigem Recht ein jedes Forderungsrecht, welches auf dare oder tradere einer Sache gerichtet sei („Recht zur Sache"), gegen Jeden wirke, welcher in Kenntniß dieses Forderungsrechts die Sache erwerbe. Es soll dieß eine Consequenz aus der im heutigen Recht anerkannten Realexecution sein. Ich kann weder diese Consequenz richtig finden, noch sehe ich, wenn sie richtig ist, einen Grund ein, warum bloß der unredliche Erwerber haften soll. [Degenkolb krit. VJSchr. IX S. 205 fg. 229 fg. v. Brünneck über den Ursprung des s. g. jus ad rem. Berlin 1869.]

dinglichen Rechte entspringenden Anspruch entziehen können[7]. Und auch abgesehen hiervon gewinnt jeder dingliche Anspruch einen bestimmten Gegner durch seine Verletzung. Sobald sich eine bestimmte Person mit ihm in Widerspruch gesetzt hat, ergreift der dingliche Anspruch diese Person in der gleichen Weise, wie der Anspruch, welcher sich aus dem Forderungsrechte ergibt, eine bestimmte Person von vorne herein ergriffen hat. In der That liegt dann ein durchaus analoges Verhältniß vor, wie bei dem Anspruche aus dem Forderungsrechte; es wird von einer bestimmten Person eine bestimmte Willensthätigkeit, und zwar vermögensrechtlicher Art, verlangt[8]. Der Unterschied ist jedoch immer der, daß der Anspruch erhoben wird eben auf Grund eines dinglichen, und nicht auf Grund eines Forderungsrechts. Deßwegen ist auch die rechtliche Behandlung des einen und des anderen Anspruchs, wenn gleich in vielen Punkten übereinstimmend[9], doch keineswegs identisch.

§. 44.

Das, was hier Anspruch genannt worden ist, bezeichnen die Römer als actio. Actio ist gerichtliche Verfolgung[1]; statt also zu sagen, daß Jemand das Recht habe, von einem Andern etwas zu verlangen, sagen die Römer, daß er das Recht habe, vor Ge-

---

[7] Hierher gehört namentlich die actio Publiciana. Vgl. im Uebrigen Savigny V S. 26 fg., Wächter Erörter. I S. 92 und Handbuch II §. 46 Note 13. 21. [Arndts RLex. V S. 211 Anm. 28, Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 143.]

[8] Selbst der Ausdruck obligatio wird für den dinglichen Anspruch gebraucht in §. 5 I. de exc. 4. 13. Wächter Erörter. III S. 8 Note 10. S. übrigens auch Hugo civ. Magazin III S. 392.

[9] Es gibt in der That eine ganze Reihe von Lehren, welche für beide Arten der Ansprüche gelten, so die Lehre von der Verschuldung (Unmöglichkeit der Erfüllung), vom Interesse, vom Verzuge, vom Vergleiche ꝛc. Für die Anordnung des Systems erwächst daraus eine eigenthümliche Schwierigkeit, — wenn man nicht, wogegen sehr viel spricht, eine besondere Abtheilung „von den Ansprüchen" machen will.

§. 44. [1] Agere: handeln; dann: vor Gericht handeln; gewöhnlich aber nur von der Thätigkeit der angreifenden Partei gebraucht, welche Thätigkeit wir als Klage bezeichnen. Es ist gut, sich zum Bewußtsein zu bringen, daß dem deutschen Ausdruck eine Vorstellung zu Grunde liegt, welche dem römischen durchaus fremd ist, die Vorstellung des Sichbeklagens, Sichbeschwerens (vgl. Note 5.)

richt zu verfolgen, was er von einem Andern verlangt[2]. Die römische Auffassung erklärt sich vornehmlich aus historischen Gründen; uns ist sie fremd[3]. Wollten wir heutzutage von Rechten zu gerichtlicher Verfolgung, von Klagerechten, reden, statt von Rechtsansprüchen schlechthin, so würden wir die Folge nennen statt des Grundes; die gerichtliche Verfolgbarkeit versteht sich für uns bei rechtlicher Anerkennung von selbst[4], und eine gerichtliche Verfolgbarkeit ohne rechtliche Anerkennung haben wir nicht. — Schlimmer noch ist es, wenn man, wie das vielfach geschieht, die römische actio als das durch die Verletzung des Rechts aus dem Rechte neu erzeugte Recht auffaßt[5]; das Moment der Rechtsverletzung ist dem Begriffe der actio durchaus fremd[6].

[2] Actio bezeichnet ganz in derselben Weise, wie unser Ausdruck Anspruch (§. 43 Note 1), an und für sich nur die Thatsache, ist aber die ganz geläufige Bezeichnung für das Recht auf die Thatsache. L. 51 D. de O. et A. 44. 7 (vgl. pr. I. de act. 4. 6): „Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi".

[3] Mitgewirkt hat gewiß „die auf das Practische gerichtete Anschauung" der Römer, welche „das Recht als das in Bewegung gesetzte, kämpfende, thätige erfaßte" (Kierulff S. 156); aber der eigentliche und entscheidende Grund war dieß nicht. Der eigentliche und entscheidende Grund war die Selbständigkeit, welche bei den Römern zur Zeit der Republik und noch bis in die Kaiserzeit hinein die Gerichtsregel gegenüber der Rechtsregel hatte. Diese Selbständigkeit der Gerichtsregel machte sich bereits zur Zeit der legis actiones geltend, wo über Recht und Unrecht nicht sowohl die lex entschied, als die daraus gebildete Gerichtsformel und deren Interpretation (Windscheid die Actio, Abwehr ꝛc. S. 1. 2, Jhering Geist des röm. R. II S. 671—675), noch mehr aber im Formularproceß, wo der Magistrat gerichtliche Verfolgung gewährte und versagte, ohne an das ius gebunden zu sein. So hatte denn freilich bei den Römern, wer wissen wollte, ob er einen Anspruch durchsetzen könne, sich nicht zu fragen, ob das ius für ihn sei, sondern ob und welche actio ihm zu Gebote stehe. Vgl. noch Note 6 in der zweiten Hälfte.

[4] Die obligationes naturales, als etwas durchaus Anomales und Exceptionelles, müssen, wo es sich um die Ergründung des Wesens der Rechte handelt, außer Ansatz bleiben. S. unten die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten (II §. 287 fg.) und Windscheid die Actio, Abwehr ꝛc. §. 8. Jedenfalls sind die Römer nicht gemeint, wo sie von actio reden, dadurch den Gegensatz zur naturalis obligatio zu betonen.

[5] Man läßt sich dabei verführen, durch den deutschen Ausdruck Klage (Note 1). Von einer Klage, d. h. von einem sich beim Richter Beklagen, kann freilich nicht eher die Rede sein, bis man ein Unrecht erlitten hat.

[6] Das im Texte Gesagte ist der Grundgedanke folgender Schrift:

§. 45.

Dem Gesagten zufolge tritt auch die im §. 43 erörterte Eintheilung der Ansprüche in dingliche und in Forderungsansprüche

---

Windscheid die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856). Vgl. dagegen die Gegenschrift von Muther: zur Lehre von der römischen Actio 2c. (1857), und gegen diese wieder: Windscheid die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther (1857); über alles Dieses die Recensionen von Kuntze in Schletter's Jahrb. V S. 1—16 (1859) und Zimmermann in Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 461 fg. (1859). Vgl. ferner Dworzak krit. Ueberschau V S. 1 fg., Bekker krit. VJSchr. V S. 399 fg. — Die Ansicht, daß die actio das neue durch die Verletzung des Rechts aus demselben entstandene Recht sei, ist in der neueren Zeit namentlich durch Savigny (System V §. 204. 205) vertreten worden. Andere Schriftsteller haben diesen Irrthum vermieden, und bestimmen die actio als die dem Rechte als solchem inwohnende und auch vor der Verletzung vorhandene Befugniß zur Klage für den Fall der Verletzung (eventuelles Klagerecht), oder als das Recht selbst in seiner Macht, sich durch Klage zu verwirklichen (Puchta §. 81 und Vorll. dazu, Rudorff zu Puchta Vorll. 5. Ausg. 1 S. 185 Note 1, Arndts §. 96, Wächter II §. 62 Note 1, Unger §. 113, Kierulff S. 156. 157). Aber auch dieser Auffassung gegenüber muß gefragt werden, ob denn die Römer in allen Fällen, wo sie von actio reden, gerade dieses Moment der processualischen Verfolgbarkeit im Auge haben, und ob, was sie von der actio aussagen, immer in diesem Momente seinen Grund hat? Und wenn diese Frage verneint werden muß, wie in der That Niemand bestreitet (man denke beispielsweise an die actio poenalis, an den Untergang der actio durch den Tod des Subjectes): folgt daraus nicht, daß die Römer den Begriff: Befugniß zur processualischen Verfolgung verwerthen zur Bezeichnung einer Seite des Rechts, welche etwas Anderes ist, als eben seine processualische Verfolgbarkeit, und sollte dieses Andere nicht gerade die persönliche Richtung des Rechts sein, d. h. dasjenige, was von der processualischen Verfolgbarkeit übrig bleibt, wenn man das specifische Moment des Processes abzieht? Böcking (Pandekten des röm. Privatr. I §. 131. Pandekten-Grundriß I §. 150 Note 1. Institutionen I §. 51 — übereinstimmend Demelius Untersuchungen S. 116 fg., v. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß II §. 35 Note 8. §. 85 Note 7 —) definirt denn auch wirklich die actio als „das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen", handelt aber nichtsdestoweniger von der actio unter der Rubrik: Schutzmittel verletzter Rechte. — In der oben citirten Schrift habe ich den Satz aufgestellt, die römische actio sei Ausdruck, nicht Ausfluß des Rechts gewesen. Es mag sein, daß das zu scharf gesagt ist für die civilrechtlichen Actionen; in Betreff der auf der magistratischen Jurisdiction beruhenden ist es gewiß richtig. Es ist dagegen eingewendet worden, daß man denn doch auf die Gerichtsregel sich habe berufen, die Anwendung derselben kraft seines Rechts habe in Anspruch nehmen können

bei den Römern als eine Eintheilung der actiones auf. Die Bezeichnung für diese Eintheilung ist: actiones in rem — in personam s. personales. Ueber diese Eintheilung ist folgendes Nähere zu bemerken[1].

1) Der Ausdruck actio in personam wird nicht, wie man erwarten möchte, auch auf die familienrechtlichen Ansprüche bezogen[2]. Dieß erklärt sich aus der oben (§. 41) bezeichneten Natur

(Arndts §. 96 Anm. 4, vgl. Unger II §. 113 Note 9a), ja man ist so weit gegangen, zu behaupten, die „rechtschaffende" Thätigkeit der Magistrate sei principiell von unserer heutigen „Legislative" nicht verschieden gewesen (Zimmermann a. a. O. S. 476). Wenn mit dieser letzteren Behauptung gesagt sein soll, die Thätigkeit der Gerichtsmagistrate sei bei den Römern ebenfalls Organ der Rechtsordnung gewesen, so habe ich das selbst mit aller wünschenswerthen Bestimmtheit ausgesprochen (die Actio ꝛc. S. 4. 5); soll sie mehr sagen, so ist dieselbe mir unbegreiflich. Was aber die Arndts'sche Behauptung angeht, so ist dieselbe doch einmal weit davon entfernt, für alle Zeiten des römischen Rechts unbedingt wahr zu sein, und auch nachdem sie wahr geworden war, hatte man immerhin ein Recht dem Gegner gegenüber nur deßwegen, weil man von dem Gerichte die Gewährung richterlicher Hülfe fordern konnte, — man hatte ein Recht, weil man actio, aber nicht actio, weil man ein Recht hatte. Noch Ulpian nimmt keinen Anstand, von einem Nießbrauch zu reden, welcher nicht „iure" bestehe, sondern „tuitione praetoris" (l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, vgl. l. 9 §. 1 D. ususfr. quemadm. 7. 9). Jedenfalls aber, und das bleibt die Hauptsache, hatte es viel weniger in der Natur der Sache als in einer historischen Zufälligkeit seinen Grund, daß das römische Recht auch jetzt noch von einem Recht zur gerichtlichen Verfolgung sprach, statt von einem Rechte, Rechtsanspruch, schlechthin, — und Dieses gilt in gleicher Weise auch von den civilrechtlichen Actionen. [Bruns zur Geschichte der Cession, in: Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae die XII Sept. MDCCCXVIII (Berlin 1869) S. 50. Brinz krit. VJSchr. XI S. 484 fg.] — Besondere Auffassungen des Wesens der actio bei Hasse Rhein. Museum VI. 1, Muther a. a. O. S. 35 fg. 40 fg., Bekker a. a. O.

[1] S. über das Folgende Windscheid die Actio §. 2, und über abweichende Ansichten: Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 252 fg. 386 fg. (1823), Hasse d. J. Rhein. Mus. VI S. 112 fg. 154 fg. (1834), Savigny V §. 206—209 (1841), Wächter Erörter. I. 4 (1845), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 6 (1860), Hesse Jahrb. f. Dogm. VII. 2 (1865); Keller röm. Civilproc. §. 87, Rudorff röm. RGesch. II §. 35, Unger II §. 114, Sintenis I S. 247 fg. §. 45.

[2] Gai. IV. 2. „In personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum

der familienrechtlichen Ansprüche, kraft deren sie nicht reine Rechtsansprüche sind. So erscheint den Römern die gerichtliche Verfolgung der familienrechtlichen Ansprüche, soweit von ihr überhaupt die Rede sein kann, als etwas Außerordentliches, bei der Betrachtung der eigentlichen Rechtsansprüche nicht mit in Rechnung zu Ziehendes.

2) Actio in rem bezeichnet nicht bloß die dingliche actio[3]; in einem andern Sinn bezeichnet der Ausdruck die unpersönliche (sachliche) actio[4]. Unpersönlich (sachlich) aber kann eine actio einmal deßwegen genannt werden, weil sie auf etwas dem Gegner nicht Persönliches geht, dann aber auch deßwegen, weil sie nicht an eine bestimmte Person gebunden ist. Beides trifft zusammen

---

intendimus, dare facere praestare oportere". Ebenso in §. 1 I. de act. 4. 6, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7. Die in personam actio ist also die obligatorische actio. — Da die obligatorische actio sich mit dem obligatorischen Rechte deckt, so wird sie häufig geradezu statt des letzteren genannt, so z. B. in l. 8 §. 11 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. auch l. 7 §. 1 D. de cap. min. 4. 5: „actionum ex delicto venientium obligationes".

[3] In einer Reihe von Stellen bezeichnet actio in rem ganz speciell die Eigenthumsklage wegen Vorenthaltung der Sache, die rei vindicatio, vgl. z. B. Gai. IV. 51. 86. 87. 91. 92, l. 23 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2; dann auch die Klage, womit überhaupt ein dingliches Recht geltend gemacht wird. Gai. IV. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa". — Andere Bezeichnungen für die in rem actio in diesem Sinne sind: vindicatio, petitio, wodurch denn die in personam actio zur actio schlechthin oder actio im engeren Sinne wird. Gai. IV. 5, l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7. — Actio in rem specialis und de universitate, l. 1 pr. §. 1 D. de R. V. 6. 1. — Actio in rem als Vertreterin der actio in personam: s. §. 174 Note 9. — Ueber die s. g. actiones mixtae s. Löhr Magazin für RW. und Gesetzgeb. IV. 1, Arndts Rhein. Mus. II S. 141—144, Savigny V S. 36. 37, Puchta Inst. II §. 167. i. k, Wächter II S. 419. 420, Keller röm. Civilpr. §. 87 zu Note 1094.

[4] Der Ausdruck in rem bezeichnet das Unpersönliche auch in zahlreichen anderen Verbindungen. S. z. B. l. 7 §. 8 D. de pact. 2. 14. „Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam, in personam, quotiens ne a persona petam,

bei den dinglichen actiones[5], welche also auch in diesem doppelten Sinne in rem sind; das Letztere allein macht sich geltend bei den actiones aus Obligationen mit unbestimmtem Gegner, den s. g. actiones in rem scriptae[6].

3) In rem in dem zuvor bemerkten Sinne, unpersönlich (sachlich), ist ferner auch diejenige actio, in welcher nicht die Verurtheilung des Gegners, sondern nur die Feststellung irgend eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses verlangt wird. Das iudicium wird hier speciell als praeiudicium, die actio als actio praeiudicialis bezeichnet[7]. Unpersönlich (sachlich) ist aber die actio praeiudicialis sowohl deßwegen, weil sie auf etwas dem Gegner Unpersönliches geht, behauptet, daß etwas sei, nicht, daß der Gegner etwas leisten müsse, als auch deßwegen, weil sie nicht auf

---

i. e. ne a Lucio Titio petam". Vgl. außerdem l. 10 D. ut leg. 36. 3, l. 8 §. 4 D. de lib. leg. 34. 3, l. 1 §. 3 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 12 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

[5] Was auch die dingliche Klage im letzten Resultate vom Gegner verlangen mag, sie verlangt es von ihm auf Grund des dinglichen Rechts, und so ist es in erster Linie immer das Bestehen des dinglichen Rechts, worauf sie gerichtet ist.

[6] Von der Möglichkeit, daß auch eine Obligation einen unbestimmten Gegner haben könne, ist bereits in §. 43 die Rede gewesen. Der Ausdruck actio in rem scripta, den man jetzt als technischen zu gebrauchen pflegt, kommt in unseren Quellen nur Ein Mal, in l. 9. §. 8 D. quod met. c. 4. 2, vor, außerdem ist von exceptio in rem scripta die Rede in l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4. In der ersten Stelle wird die actio aus dem Zwange in rem scripta deßwegen genannt, weil sie nicht „personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est". Andere Beispiele der s. g. actio in rem scripta s. in l. 5 §. 13 l. 7 pr. §. 1 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 12 D. de aqua et aquae 39. 3. Eine solche actio ist aber deßwegen, weil sie in rem scripta ist, nicht weniger eine actio aus einem Forderungsrechte, also in personam, und die Quellen erkennen dieß ausdrücklich an, §. 31 I. de act. 4. 6, l. 6 §. 5 D. de aqua et aquae 39. 3. Eine besondere Behandlung dieses Gegenstandes s. bei Schmidt (von Ilmenau) civil. Abh. Nr. 1. S. auch §. 43 Note 6.

[7] §. 13 I. de act. 4. 6. „Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo". Um die praeiudicialis actio mit zu umfassen, definirt §. 1 I. eod. die actio in rem als diejenige actio, mit welcher Jemand klagt gegen den „qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam".

eine bestimmte Person beschränkt ist, sondern Jeden ergreift, welcher dem behaupteten Verhältniß die Anerkennung verweigert. Will man nun in dieser actio ebenfalls den Ausdruck eines Anspruches finden, so kann man als Inhalt desselben nur bezeichnen, daß er auf Anerkennung des Bestehenden gerichtet sei. Richtiger erscheint es aber, die actio praeiudicialis lediglich als Anrufung, oder Recht zur Anrufung, des Richters aufzufassen, ohne daß dabei irgend ein Anspruch gegen den Gegner zu Grunde läge. Während in der Regel dem Richter die Entscheidung eines zwischen zwei Parteien streitigen Punktes nur in sofern obliegt, als ihm dieselbe nothwendig ist, um darüber erkennen zu können, ob einer Partei Unrecht geschehen sei, wird hier eine solche Entscheidung von ihm begehrt, ohne daß sich eine Partei über erlittenes Unrecht beklagte. Inwiefern ein solches Begehren zulässig sei, ist eine Frage für sich, daß es bloß bei den s. g. Statusverhältnissen (§. 39 Anm. 2) zulässig sei, eine durch nichts unterstützte Behauptung[8].

§. 46.

Außer der Eintheilung in actio in rem und in personam wird in den Quellen des römischen Rechts noch eine große Anzahl von anderen Eintheilungen der actiones erwähnt. Die allermeisten derselben gehören aber nicht hierher, zum Theil weil

[8] Wächter II S. 413. 421, Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 258—260, Windscheid die Actio ꝛc. §. 2 Note 14, Bähr Anerkenn. §. 69 und Jahrb. f. Dogm. I S. 483 fg. (Dernburg Pfandr. I S. 473), Friedlieb das. III S. 316, Seuffert I §. 23 Note 5. §. 24 Note 1a, Arndts §. 97 Anm. 5, Unger I S. 374 [II S. 551], Neuner (§. 37 Note 3) S. 70. 164. 165. Dawider zuletzt Sintenis I §. 28 Note 1. Vgl. Seuff. Archiv I. 16. 324, II. 27, III. 304. 305. 306, IV. 19, VI. 319, VII. 298, VIII. 247, IX. 257, X. 108, XI. 126, XII. 9, XIII. 19, XIV. 5. 91. 145. 223, XV. 80 Note 1, XVII. 208, XVIII. 113 (S. 181). 213, XIX. 110. 231 (wo der Einsender bemerkt, daß in Kurhessen die Zulässigkeit sog. Anerkennungsklagen durch das Civilproceßgesetz vom 28. Oct. 1863 ausdrücklich anerkannt sei), [XXI. 90. 270, XXII. 3. 4. 5]. — Gegen den Schluß aus der actio in rem praeiudicialis auf die Dinglichkeit der Rechtsverhältnisse, bei welcher sie stattfindet, welcher Schluß namentlich in Betreff der Statusverhältnisse wirklich gemacht worden ist (Thibaut Versuche II S. 55 fg.), braucht nach dem Gesagten wohl kaum noch besonders gewarnt zu werden. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 16—19.

sie sich nicht auf die materielle, sondern auf die processualische Seite der actio beziehen[1], zum Theil weil sie antiquirt sind[2], zum Theil, weil ihre Bedeutung nicht so allgemeiner Natur ist, daß von ihnen schon an diesem Orte geredet werden dürfte[3]. Nur eine jener Eintheilungen darf hier nicht übergangen werden. Zwar ist dieselbe in der besonderen Gestalt, in welcher sie im römischen Rechte auftritt, für uns ebenfalls Antiquität, aber der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist sowohl von bleibender Wahrheit, als von allgemeiner Natur. Dieser Gedanke aber ist der, daß ein Unterschied zwischen den einzelnen Ansprüchen besteht in Betreff der Bestimmtheit, oder besser gesagt, im Betreff der Dehnbarkeit ihres Inhalts. Die Quelle dieses Unterschieds ist die Natur der Thatsachen, durch welche die Ansprüche erzeugt werden. Es gibt Thatsachen, welche unabänderlich auf eine bestimmte Leistung als das von der Gerechtigkeit (Billigkeit) Geforderte hinweisen; die Natur anderer aber ist von der Art, daß sie den

---

[1] Von dieser Art ist §. 46.

a) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und extraordinaria persecutio (l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16), vgl. Keller röm. Civ. Pr. §. 81, Rudorff röm. RGesch. II §. 60, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II §. 122;

b) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und interdictum (l. 35 §. 2 D. de proc. 3. 3, l. 37 pr. D. de O. et A. 44. 7), vgl. Keller a. a. O. §. 74—76, Rudorff a. a. O. §. 53—54, Bethmann-Hollweg a. a. O. II §. 98.

c) die Eintheilung in actio simplex und duplex, Keller a. a. O. §. 90, Rudorff a. a. O. §. 47.

[2] Dieser Grund macht sich geltend

a) bei den zuvor unter a) und b) aufgeführten Eintheilungen; was die unter c) genannte angeht vgl. §. 127 Note 2;

b) bei der Eintheilung in actio civilis und honoraria, actio directa, und utilis, so wie bei dem Begriff der actio in factum, vgl. Keller a. a. O. §. 89, Rudorff. a. a. O. §. 49. 51, Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 96.

c) bei der Eintheilung in actiones populares und privatae, vgl. Keller a. a. O. §. 92, Rudorff a. a. O. §. 46, Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 341—415, und unten II §. 326 Note 6.

[3] Aus diesem Grunde gehört nicht hierher die Eintheilung in actiones quibus rem persequimur und poenales, ferner actiones quae vindictam continent (Keller a. a. O. §. 91, Rudorff a. a. O. §. 44, Bethmann-Hollweg a. a. O. II §. 95), und die Eintheilung in actiones perpetuae

Inhalt des Anspruchs, welchen sie erzeugen, mehr im Allgemeinen bezeichnen, als im Einzelnen bestimmen, daß sie nur die Grundlage der Entscheidung an die Hand geben, während die Entscheidung selbst von den besonderen Umständen des einzelnen Falles abzuhangen hat. Es liegt nahe, daß das Recht sich bestreben wird, seine Regel mit Rücksicht auf diese besonderen Umstände genauer auszubilden; alle Umstände vorherzusehen, ist geradezu unmöglich; wie weit in der Casuistik vorgegangen werden soll, darüber wird leicht das eine Recht eine andere Ansicht haben, als das andere. — Im römischen Recht tritt die verschiedene Dehnbarkeit der Ansprüche in der größeren oder geringeren Weite der dem Judex ertheilten Instruction zu Tage. Unter den dehnbareren, freieren actiones werden hervorgehoben die actiones bonae fidei und arbitrariae[4]. Dieselben legen dem

und temporales (Keller a. a. O. §. 93, Rudorff a. a. O. §. 52). Die letztere Eintheilung ist hergenommen von der verschiedenen Dauer der (unbefriedigten) Ansprüche, die erstere setzt allen übrigen Ansprüchen besondere Klassen der obligatorischen Ansprüche entgegen. Vgl. Windscheid die Actio 2c. §. 3 u. unten §. 106. Auch Unger §. 114 Note 16.

[4] Die actiones bonae fidei (§. 28—30 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß der Judex angewiesen wurde, den Beklagten zu verurtheilen auf Alles, was derselbe leisten müsse ex fide bona, d. h. nach Treue und Glauben, nach der unter redlichen Menschen festgehaltenen Regel (ut inter bonos bene agier oportet, wie es früher beim iudicium fiduciae hieß, Cic. de off. III. 15. Top. c. 17 i. f.). Die arbitrariae actiones (§. 31 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß in ihnen der Richter auf sein arbitrium (arbitratus) verwiesen wurde. Zu den actiones bonae fidei gehören nur obligatorische actiones, zu den arbitrariae gehören zwar auch obligatorische, vorzugsweise aber alle dinglichen. Der Gegensatz gegen die actio bonae fidei wird durch den Ausdruck condictio bezeichnet; heutzutage sagt man gewöhnlich actio stricti iuris. Dieser letztere Ausdruck wird aber in den Quellen jedenfalls nicht als technischer gebraucht (er kommt nur in Einer Stelle vor, §. 28. I. de act. 4, 6, und selbst hier findet sich die Variante „stricti iudicii", s. die Ausgabe von Schrader, vgl. jedoch auch l. un. §. 2 C. de rei ux. act. 5. 13), und sollte um so eher vermieden werden, als er zu einer unrichtigen Auffassung der Natur des Gegensatzes zu verleiten geeignet ist. Diese Auffassung, welche namentlich von Savigny vertreten wird, geht dahin, daß es sich hier um den Gegensatz von strengem und billigem Recht handele. Das ist aber keineswegs der Fall; die Rechtsregel, nach welcher die actiones bonae fidei und die s. g. actiones stricti iuris beurtheilt werden, ist gleich streng und gleich billig, sie ist nur mehr oder weniger offen; bei dem, was man

Judex gar keine Schranken auf, sondern überlassen es seinem Ermessen, worauf er den Beklagten verurtheilen wolle. Freilich hat es dabei nicht sein Bewenden behalten; im Laufe der Zeit sind für dieses Ermessen durch die Jurisprudenz und Kaisergesetzgebung Rechtsregeln ausgebildet worden, welche in das Detail hineingehen, soweit es irgend wünschbar ist. Aber die Natur dieser actiones hat sich dadurch nicht geändert, es sind immer actiones geblieben, welche nicht unverrückbar auf ein von vorn herein Bestimmtes gehen, sondern auf ein nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu Bestimmendes. Und wie mit diesen actiones, verhält es sich noch heutzutage mit den durch sie bezeichneten Ansprüchen. Deßwegen kann es nicht gebilligt werden, wenn jetzt allgemein gelehrt wird, daß der Gegensatz zwischen den strengen und den freien actiones für das heutige Recht ohne alle Bedeutung sei. Der diesem Gegensatz zu Grunde liegende Gedanke hat für uns noch dieselbe Wahrheit, welche er für die

---

actio stricti iuris nennt, ist strictum nicht das ius, sondern das iudicium (der Ausdruck actio stricti iudicii steht in l. 5 §. 4 D. de in lit. iur. 12. 3, strictum iudicium in §. 30 I. de act. 4. 6, und nach einer leichten Aenderung der sinnlosen florentinischen Lesart in l. 3 §. 2 D. comm. 13. 6). Für den Anspruch z. B. aus der Stipulation ist es ebenso sehr das Angemessene, d. h. das Billige (aequum), daß man bei der Bestimmung seines Inhalts nicht über die Worte der Parteien hinausgehe, als es für den Anspruch aus dem Kaufe das Billige ist, daß die Intention der Parteien ausgelegt werde; der römische Ausdruck hierfür ist aber der, daß dort der Judex, um ihn zu befähigen, dem Wesen des Rechtsverhältnisses Genüge zu leisten, auf ein oportet verwiesen wird, hier auf ein oportet ex fide bona. Vgl. über die bonae fidei actiones und ihren Gegensatz Savigny V §. 218—220. 224 und Beil. XIII. XIV, Wächter Erörterungen II. 11, Vangerow I §. 139 Anm., Keller röm. Civ. Pr. §. 88, Windscheid die Actio ꝛc. §. 4, Rudorff röm. RGesch. II §. 40—42, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 261—286. Bei den arbitrariae actiones (s. darüber Savigny II §. 221—224, Wächter Erörter. II. 9, Keller röm. Civ. Pr. §. 28. 67, Rudorff röm. RGesch. II S. 152—154, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 287—293) findet sich regelmäßig noch die Eigenthümlichkeit, daß die Formula dem Judex Verurtheilung nur für den Fall gestattet, daß der Beklagte nicht auf sein Gebot den Kläger freiwillig befriedigen sollte; daß diese Eigenthümlichkeit bei sämmtlichen arbitrariae actiones vorgekommen sei, läßt sich nicht behaupten. (Das sagt freilich §. 31 I. de act.; aber wie verhält es sich mit der actio de eo quod certo loco? In l. 4 §. 1 D. de eo quod certo loco 13. 4 wird die

Römer hatte[5]. Was an jenem Gegensatz für das heutige Recht ohne alle Bedeutung ist, ist nur seine Ausprägung im römischen Formularverfahren. Diese Ausprägung hat denn freilich auch auf den Inhalt des Gegensatzes einen Einfluß ausgeübt, welcher für uns nicht mehr maßgebend sein kann. Aus der engeren oder weiteren Anweisung des Judex haben nämlich die Römer auch solche Consequenzen gezogen, welche mit der Natur der rechterzeugenden Thatsachen nicht in Verbindung stehen, und sich aus derselben nicht rechtfertigen[6]. Diese Consequenzen sind allerdings aus dem heutigen Recht auszuweisen[7].

Verpflichtung des Judex zu absolviren offenbar nur daraus hergeleitet, daß er „aequitatem ante oculos habet", nicht aber aus einer speciellen Clausel seiner Instruction. Und wie hätte sich mit der contumacia des Beklagten die Rücksichtnahme auf sein Interesse [l. 2. pr. tit. cit.] vertragen?) — Neben den actiones bonae fidei und arbitrariae werden als freie Klagen noch genannt die in aequum et bonum conceptae. Es sind dieß Strafklagen, bei denen das Strafmaß in das Ermessen des Judex gestellt ist. Vgl. Keller Civ. Pr. §. 89 Note 1117, Savigny II S. 93—96.

[5] So erzeugen die s. g. Formalcontracte auch heutzutage noch eine s. g. actio stricti iuris, die übrigen Verträge eine actio bonae fidei, d. h. bei den Formalcontracten ist auch heutzutage noch die Beredung der Parteien ohne Weiteres bestimmend für den Inhalt des durch sie erzeugten Anspruchs, bei den übrigen Verträgen muß erst durch Auslegung ihrer Intention der Inhalt des Anspruchs gefunden werden. Ebenso ist der Darlehusanspruch, der Anspruch aus ungerechtfertigtem Haben, auch heutzutage noch, und aus demselben Grunde und in demselben Sinne wie bei den Römern, ein anderer Anspruch, als z. B. der Anspruch aus der Vormundschaft, der Gemeinschaft.

[6] Auch die engere Anweisung gab dem Judex die Möglichkeit, dem Wesen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses vollkommen gerecht zu werden; darauf war sie berechnet. Aber wie wenn von Außen her Umstände hinzutraten, welche mit selbständiger Kraft auf den Anspruch modificirend oder hemmend einwirkten? Auf sie Rücksicht zu nehmen, war bei den engeren Klagen gerade ebenso sehr Forderung der Billigkeit, wie bei den freien; aber dem Judex war hier die Hand durch seine Instruction gebunden. Auch in manchen anderen Beziehungen glaubte man ihm wegen der Fassung derselben eine Freiheit der Bewegung nicht gestatten zu dürfen, welche man der Sache selbst für angemessen hielt, z. B. in Betreff der Verhaftung des Schuldners für Unterlassungen. Eine Zusammenstellung der Verschiedenheiten beider Klaggattungen geben Wächter Erörter. II S. 48 fg., Vangerow I §. 139 Anm.

[7] Ueber die heutige Unanwendbarkeit derselben herrscht unter den neueren Civilisten eine fast ausnahmslose Uebereinstimmung, obgleich Wächter nicht zweifellos darüber ist, ob in dieser Beziehung von einem eigentlichen Ge-

Die Einreden*.

§. 47.

Einem Anspruch kann eine Einrede entgegenstehen. Das will sagen: ein Anspruch ist zwar an und für sich begründet, es sind alle Thatsachen vorhanden, welche das Recht für seine Entstehung verlangt, es ist keine Thatsache vorhanden, an welche das Recht seinen Untergang anknüpft; aber ein ihm entgegenstehender Umstand bewirkt, daß der Verpflichtete ihn abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann, durch diesen Umstand ist der Anspruch gehemmt[1].

Der Umstand, welcher den Anspruch hemmt, kann ein Recht

---

wohnheitsrecht geredet werden dürfe. Wächter Erörter. II S. 112 fg., Savigny V §. 224, Arndts §. 100 Anm., Vangerow I S. 209.

* Kierulff S. 175—188, Savigny V §. 225—229, Wächter II §. 69. 70, Sintenis I §. 32, Unger II §. 124—126; Windscheid die Actio ꝛc. S. 225—227; Keller Civ. Pr. §. 34—37, Rudorff röm. RGesch. §. 31—33, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II §. 99.

[1] Im römischen Recht tritt, wie der Anspruch selbst als actio, so diese §. 47.
Hemmung des Anspruchs als Hemmung der actio auf. Die Bezeichnung dafür ist exceptio, eigentlich und ursprünglich: Ausnahme von dem dem Judex ertheilten Condemnationsbefehl. Gai. IV. 115—119; pr. I. de exc. 4. 13, l. 2. 22 pr. D. eod. 44 1. Nothwendig war die Einrückung einer solchen Ausnahme in die Formel eben dann, wenn der Beklagte in seiner Vertheidigung nicht dabei stehen blieb, zu bestreiten, daß der Anspruch an und für sich begründet sei; zu untersuchen, ob der Anspruch an und für sich begründet sei, darauf wies den Judex bereits die intentio an. Wann und wie lange man sagen müsse, daß ein Anspruch an und für sich begründet sei, wo das Gebiet der indirecten Unwirksamkeit beginne, ist eine Frage, deren Beantwortung von den besonderen Bestimmungen des positiven Rechts abhängt, und welche das eine positive Recht leicht anders beantworten wird, als das andere (man denke z. B. an den Einfluß des Zwanges auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte). So ist die Grenze zwischen Nichtexistenz des Anspruchs und Einrede keine nothwendige; der Gegensatz selbst ist von der Art, daß er sich in jedem nur einigermaßen entwickelten Recht wiederfinden wird. Deßwegen ist es auch sehr irrig, wenn man dem Begriff der exceptio alle Bedeutung für das heutige Recht hat absprechen wollen, so Albrecht die Exceptionen des gem. Civilprocesses (1835) nam. §. 9. 19, v. Bölderndorff Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 10 (1854), vgl. auch Brinz I S. 131. Und zwar hat dieser Begriff nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Der Anspruch, welcher rechtlich gar nicht vorhanden ist, muß, um vorhanden zu sein, erst erzeugt werden; während derjenige, dem nur eine Einrede entgegensteht,

oder eine Thatsache sein[2]. Die Hemmung selbst kann eine bleibende oder eine vorübergehende[3], eine vollständige oder eine nur theilweise sein[4]. Sie kann persönlicher oder unpersönlicher (sachlicher) Natur sein, d. h. eine bestimmte Person des in dem Anspruch Berechtigten[5] oder Verpflichteten[6] voraussetzen, oder nicht voraussetzen.[7]

---

durch Wegfall der Einrede volle Kraft gewinnen kann, ohne daß eine Wiederholung der Thatsachen, durch welche er erzeugt wird, erforderlich wäre. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 4 fg., Savigny V S. 157. 158. 166—169. 179 fg., Wächter II S. 508—511, Reinhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 193—195. 199—201 (1856), Vangerow I §. 126 Anm., Arndts §. 101 Anm. 1 (aber auch krit. Ueberschau IV S. 238), Unger II S. 474 fg. [Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 388 fg. Krüger krit. VJSchr. VII S. 219 fg.]

[2] Beispiele. Nießbrauch gegenüber dem Eigenthumsanspruch, Gegenforderung gegenüber dem Forderungsanspruch — Einrede des Betrugs, exceptio rei venditae et traditae. Unhaltbar ist die durch Savigny zu einer weit verbreiteten Anerkennung gelangte Ansicht, daß das Wesen der exceptio in der Geltendmachung eines der Klage entgegenstehenden selbständigen Rechts bestehe, wenigstens wenn man unter diesem „selbständigen Rechte" etwas Anderes verstehen will, als eben die Befugniß, die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs zu verlangen. Vgl. gegen diese Ansicht z. B. l. 1 §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, l. 3 §. 1 i. f. D. nautae 4. 9, und von Schriftstellern Bekker proc. Consumption S. 93—96, Wetzell Civilproc. §. 17 Note 18, Windscheid die Actio ꝛc. S. 226. 227, Brinz I S. 131. [Krüger proc. Consumtion S. 24 und Zeitschr. f. RGesch. VII S. 219 fg.] S. auf der anderen Seite aus der neuesten Zeit: Arndts in der 5. Aufl. §. 101 Anm. 2, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 390 fg.

[3] Exceptiones perpetuae, peremtoriae — temporales, dilatoriae. Gai. IV. 120—122, §. 8—11 I. de exc. 4. 13, l. 2 §. 4 l. 3 D. eod. 44. 1.

[4] Dieses Letztere noch in doppelter Beziehung, entweder der Quantität nach, z. B. bei der Einrede aus dem s. g. beneficium competentiae (l. 7 pr. D. de exc. 44, 1), oder der Qualität nach, so daß eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, z. B. bei der exceptio SC^{i} Macedoniani.

[5] L. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4. „Metus causa (exceptio) .. distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est *si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit". Vgl. l. 2 §. 1 eod., l. 57 §. 1 D. de pactis 2. 14.

[6] L. 2 §. 2 D. de dol. exc. 44. 4. „Plane ex persona eius, qui exceptionem obiicit, in rem opponitur (doli) exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris". — Exceptiones rei — personae cohaerentes, l. 7 D. de exc. 44. 1; l. 57 §. 1 D. de pact. cit.

[7] Ohne alle Bedeutung für das heutige Recht ist die Eintheilung der

Von der Einrede in dem hier erörterten Sinn des Wortes ist zu unterscheiden die Einrede im processualischen Sinn des Wortes. Die Einrede im processualischen Sinn des Wortes bezieht sich auf die vom Kläger aufgestellten thatsächlichen Behauptungen und besteht darin, daß der Beklagte diesen Behauptungen seinerseits eine Behauptung entgegenstellt. Die Einrede im materiellen Sinn des Wortes muß auch im Proceß nothwendigerweise als Einrede auftreten; aber nicht jede Einrede, welche es im Sinn des Processes ist, ist zugleich eine Einrede im materiellen Sinn des Wortes, denn die von dem Beklagten aufgestellte Behauptung kann auch von der Art sein, daß damit Entstehen oder Fortbestehen des klägerischen Anspruchs an und für sich unverträglich ist[8].

---

exceptiones in solche, welche auf dem Civil=, und solche, welche auf dem prätorischen Rechte beruhen (Gai IV. 118, §. 7 I. de exc. 4. 3), ferner die Begriffe der exceptio utilis (l. 21 D. de praescr. verb. 19. 5) und der exceptio in factum (ausführlich specificirte, nicht mit einem kurzen Namen bezeichnete exceptio, l. 2 §. 5 l. 4 §. 16. 32 D. de dol. exc. 44. 4). Unpraktisch ist ferner auch der Begriff der s. g. exceptio doli generalis oder praesentis (*si in ea re nihil dolo malo A^i A^i fiat*). Diese exceptio doli war für die Römer nichts als ein Mittel, dem Judex die Berücksichtigung einer jeden Einrede möglich zu machen, auch ohne daß sie in der Formel speciell genannt war, denn: „dolo facit, quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest petit" (l. 2 §. 5 D. de doli exc. 44. 4). Vgl. aber auch Hänel Arch. f. civ. Pr. XII S. 429 fg. (1829), Brinz I S. 135. Eine Aufzählung von Anwendungen der exc. doli gibt Hänel a. a. O. S. 422 fg. Vgl. Seuff. Arch. V. 2, VI. 290, IX. 32.

[8] Es ist eine Einrede im processualischen Sinn des Wortes, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß das von dem Kläger angerufene Rechtsgeschäft von einem Wahnsinnigen abgeschlossen worden sei, oder darauf, daß er das empfangene Darlehn bereits zurückgezahlt habe; aber weder in dem einen noch in dem andern Falle liegt eine Einrede im materiellen Sinn des Wortes vor. — Was die Bezeichnung angeht, so beschränkt das römische Recht den Ausdruck exceptio auf die Einrede im materiellen Sinn des Wortes, obgleich der formula in factum concepta gegenüber auch die Einrede im processualischen Sinn des Wortes als exceptio auftreten konnte (vgl. Thon Zeitschr. f. RGesch. II S. 239 fg., Jhering Geist des röm. Rechts III S. 58). Savigny (V S. 189) hat vorgeschlagen, diesen römischen Sprachgebrauch beizubehalten, und danach zwischen Exceptionen und Einreden zu unterscheiden. Es steht dem Ausdrucke Exception nichts entgegen, als daß er undeutsch ist; aber dieß ist in meinen Augen auch genug. Ich sehe in der Verwendung des

§. 48.

Der Einrede kann eine Gegeneinrede entgegenstehen. Das will sagen: die Hemmung eines Anspruchs kann durch einen ihr entgegenstehenden Umstand in derselben Weise ausgeschlossen werden, wie der Anspruch selbst durch die Einrede ausgeschlossen wird, d. h. so, daß die Hemmung, obgleich sie fortfährt, an und für sich begründet zu sein, doch nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso kann die Gegeneinrede ihrerseits wieder durch eine ihr entgegenstehende Gegeneinrede überwunden werden, und so fort[1].

Bei den Gegeneinreden finden sich dieselben Gegensätze, die im vorigen §. von den Einreden bemerkt wurden. Ebenso gibt es, wie Einreden im processualischen Sinn, so auch Gegeneinreden im processualischen Sinn; auch in dieser Beziehung gilt das im vorigen §. von den Einreden Bemerkte[2].

---

deutschen Ausdrucks Einrede auch für die römische exceptio keinen Uebelstand. In sehr vielen Fällen wird der Zusammenhang jedes Mißverständniß ausschließen; wo man glaubt, Ursache zu haben, sich gegen Mißverständniß noch besonders zu schützen, mag man sich durch einen Zusatz: im processualischen Sinn, processualische Einrede — im Sinne des materiellen Rechts, im materiellen Sinne, im engeren Sinne, helfen. — Man könnte daran denken, den deutschen Ausdruck Einwand, welcher jedenfalls von der Rechtssprache noch nicht in Besitz genommen ist, zur Bezeichnung der römischen exceptio zu verwerthen. Aber dem widerspricht der Geist der deutschen Sprache, welche diesen Ausdruck ganz allgemein für jede Entgegnung gebraucht. Vgl. auch Wächter II §. 69 Anm. 19, Reinhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 204', Unger II §. 124 Note 12. [Ueber die s. g. Proceßeinreden s. jetzt Bülow die Lehre von den Proceßeinreden und den Proceßvoraussetzungen (1868), und darüber Planck krit. VJSchr. XI S. 163 fg.]

§ 48. [1] Die Gegeneinreden heißen römisch: replicatio, duplicatio, triplicatio. Gai IV. 126—129, pr. — §. 3. I. de replic. 4. 14, l. 2. §. 1—3 l. 22 §. 1 D. de exc. 44. 1. L. 22. §. 1 cit.: „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio". L. 2. §. 3 cit.: — „sed et contra replicationem solet dari triplicatio (*vulg.* solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio)". Vgl. l. 7 §. 1. 2 D. de cur. fur. 27. 10.

[2] Der Einrede im Sinne des materiellen Rechts kann nicht bloß die Behauptung eines Umstandes entgegengesetzt werden, durch welchen die hemmende Kraft der Einrede indirect gehemmt, sondern auch eine solche Behauptung, durch welche geradezu die Existenz der Einrede verneint wird, z. B. der Einrede der Compensation wird die (processualische) Gegeneinrede der Zah-

Zweites Kapitel.

Das Rechtssubject.

I. Vom Rechtssubject im Allgemeinen.

Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit des Rechts.

§. 49.

Das natürliche und der Betrachtung sich zunächst darbietende Verhältniß ist, daß die Rechte und Verbindlichkeiten angeknüpft sind an einen (oder mehrere) Menschen, daß sie Rechte und Verbindlichkeiten eines oder (mehrerer) Menschen sind. Das natürliche und nächstliegende Rechtssubject ist der Mensch; denn die nächste Aufgabe der Rechtsordnung ist, die Herrschaftsgebiete der einzelnen sich gegenüberstehenden menschlichen Individuen gegen einander abzugrenzen.

Aber dieses natürliche und regelmäßige Verhältniß ist nicht das allein mögliche und das allein vorkommende. Möglich ist auch das Verhältniß, daß Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, ohne an einen Menschen als ihren Träger angeknüpft zu sein. Die hauptsächlichste Anwendung dieses Verhältnisses ist die, daß Rechte bestehen, welche die Bestimmung haben, einem gewissen Zweck zu dienen, z. B. dem Staatszweck, der Pflege und Heilung von Kranken u. s. w.; in gleicher Weise können auch Verbindlichkeiten an einen solchen Zweck angeknüpft werden, so daß eine gewisse Leistung nicht von einem Menschen, sondern von Seiten der mit jenem Zweck in Verbindung gesetzten rechtlichen Macht verlangt werden darf. Aber auch da, wo die Rechte und Verbindlichkeiten nicht für einen Zweck bestimmt sind, sondern in der That für einen Menschen, kann es vorkommen, daß sie bestehen, ohne an diesen Menschen als ihr Subject angeknüpft zu sein, z. B. wenn

---

lung entgegengesetzt. — Umgekehrt kann auch der Einrede im bloß processualischen Sinne des Wortes eine Gegeneinrede im materiellen Sinne des Wortes entgegengesetzt werden, z. B. ein Gläubiger ist von seinem Schuldner zum Schulderlaß gezwungen worden. (Wie eine solche Einrede bei den Römern in der Formel zum Ausdruck gelangte, ist eine hier nicht zu erörternde Frage).

der zum Nachlaß eines Verstorbenen Berufene die Erbschaft noch nicht angetreten hat[1].

Für das hier beschriebene Verhältniß ist nun aber noch eine doppelte Betrachtungsweise möglich. Auf der einen Seite kann und muß man sagen, daß bei demselben die Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, wie ohne Verknüpfung mit einem menschlichen Individuum, so ohne Verknüpfung mit einem Subject überhaupt[2]. Dieser Auffassung widerstrebt jedoch ein natürliches,

§. 49. [1] S. noch §. 52 zu Note 5. Oder das Recht macht es von einem künftigen Umstande abhängig, ob dieser oder jener Mensch Subject der Rechte und Verbindlichkeiten sein werde. Ein wichtiger hierher gehöriger, freilich antiquirter, Fall ist der des in Gefangenschaft gerathenen römischen Bürgers; seine Rechte gingen weder unter, noch sofort auf den Erben über. Vgl. l. 19 (18) §. 5 D. de neg. gest. 3. 5. „Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est: negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt". Andere Fälle in l. 12 §. 5 l. 70 §. 1 D. de usufr. 7. 1.

[2] Die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subject ist in der neueren Zeit lebhaft verhandelt worden. Für diese Möglichkeit haben sich ausgesprochen [außer Brinz, s. unt.]: Windscheid die Actio S. 234 fg. u. kr. Ueberschau VI S. 219—221, Köppen die Erbschaft §. 1 u. Erbrecht S. 235—244, Demelius die Rechtsfiction S. 79. 82. 85 und Jahrb. f. Dogm. IV. 2 passim, Schirmer röm. Erbrecht §. 3, Unger österr. Erbrecht §. 7 [Anm. 5. 12, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I S. 270]; gegen dieselbe: Kuntze die Obligation S. 59 u. §. 95 und Inhaberpapiere S. 234, Unger kr. Ueberschau VI S. 160—171, Dworzak in Haimerl's österr. VJSchr. VIII Lit. Anz. S. 51—53 u. XI Heft 2 S. 6, Salkowski Bemerkungen zur Lehre v. d. jur. Pers. S. VII, Arndts §. 21 Anm. 1 [§. 465 Anm. 1 a. E.], Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 8. 9, Neuner (§. 37 Note 3) S. 109 fg., Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 1 fg. Mit dem Begriff des Rechts vereinigt sich die behauptete Möglichkeit durch die Betrachtung, daß das Recht nicht reales Wollen ist, sondern Wollendürfen (§. 37). Allerdings kann dieses Wollendürfen entfaltet, d. h. den thatsächlichen Verhältnissen die dem Rechte entsprechende Gestaltung gegeben werden, nur durch reales Wollen; aber dieses reale Wollen kann auch durch Vertretung beschafft werden, wie es ja auch durch Vertretung beschafft wird, wenn ein willensunfähiger Mensch Subject des Rechts ist. Es ist ferner richtig, daß jedes Recht seinen Bestimmungspunkt hat, und ohne Bestimmungspunkt die Rechtsordnung kein Recht schafft oder aufrecht erhält; aber wollte man den Bestimmungspunkt des Rechts sein Subject nennen, so würde das Subject der ruhenden Erbschaft der künftige Erbe sein und das Subject des Stiftungs- und Corporationsvermögens der Zweck, welchem das-

auf dem tiefem Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl[3]. Dasselbe sucht auch hier für die Rechte und Verbindlichkeiten ein tragendes Subject, und findet dasselbe (wenigstens regelmäßig) in einer künstlich, durch Gedankenoperation, geschaffenen, vorgestellten Person. So werden die Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Staatszwecke zu dienen bestimmt sind, dem Staate zugeschrieben, diejenigen, welche zur Krankenpflege verwendet werden sollen, dem Krankenhause, die durch den Tod des bisherigen Trägers subjectlos gewordenen, auf den Erben noch nicht übergegangenen, der Erbschaft selbst u. s. w.[4] Eine solche künstlich geschaffene Person

---

selbe dient. Nach Ihering Geist des röm. R. III S. 307 fg. ist Subject des Rechts der Mensch, zu dessen Genuß das Recht bestimmt ist, vorausgesetzt daß derselbe sein Genußinteresse klagend verfolgen kann. Aber auch nach dieser Definition würde die ruhende Erbschaft kein Subject haben, und das Stiftungs- und Corporationsvermögen bloß unter der bezeichneten Voraussetzung, und selbst unter dieser Voraussetzung nur ein Subject, dessen Wille nach „Außen" (Ihering a. a. O. S. 209 fg.), also, worauf es doch allein ankommt, zum Zweck der Herbeiführung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, nicht entscheidend sein würde. [Gegen Ihering auch Brinz S. 984 fg.]

[3] Anders Unger österr. Erbrecht §. 7 Anm. 7.

[4] Personificationen des Unpersönlichen finden nicht bloß zu juristischen Zwecken statt; es gibt tausend uns geläufige Personificationen, welche ohne alle juristische Bedeutung sind. Wenn wir z. B. von der öffentlichen Meinung sagen, daß sie einen Sieg davon getragen habe, von dem Handel, daß er sich neue Wege suche, so machen wir die öffentliche Meinung und den Handel zu einer Person, aber deßwegen nicht zu einem Rechtssubject. Welche der im Leben vorkommenden Personificationen fähig seien, Rechtssubjecte zu werden, ist eine Frage, welche nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus positiver Bestimmung beantwortet werden kann. Es sind aber unter den Personificationen, welche das Recht als Rechtssubjecte anerkennt, zwei Klassen zu unterscheiden [vgl. Unger österr. Erbrecht §. 7 Anm. 12 zweite Hälfte]. Die einen sind zunächst aus einem juristischen Bedürfniß nicht hervorgegangen, sie werden nur auch für das Recht verwerthet. So verhält es sich z. B. wenn der Staat, die Gemeinden, die Anstalten als Personen bezeichnet werden. Die Bedeutung des Staates, der Gemeinden, der Anstalten geht darin nicht auf, Rechtssubjecte zu sein; umgekehrt ist für sie das Haben und Erwerben von Rechten und Verbindlichkeiten nur Mittel zum Zweck. Die zweite Klasse von juristischen Personificationen wird lediglich zu dem Ende gebildet, um für sonst subjectlose Rechte und Verbindlichkeiten ein Subject zu gewinnen, wie z. B. wenn die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen seiner Erbschaft zugeschrie-

wird mit einem hergebrachten, nicht glücklich gewählten Ausdruck juristische Person genannt[5], im Gegensatz des Menschen, welcher von der Natur mit Persönlichkeit begabt ist. Eine bessere

---

ben werden. Die Erbschaft wird hier zur Person gemacht; aber dieser Person wird keine andere Bedeutung, keine andere Lebensfunction zugeschrieben, als eben die, jene Rechte und Verbindlichkeiten zu haben, einen Mittelpunkt für sie und den aus ihnen hervorgehenden neuen Erwerb zu bilden. Was die zweite Klasse der juristischen Personificationen angeht, so ist der Zweifel erlaubt, ob es nicht zweckmäßiger sei, sie in der juristischen Theorie ganz zu ignoriren, die ihnen zugeschriebenen Rechte und Verbindlichkeiten lieber geradezu als subjectlose darzustellen. Wollte man aber diese Betrachtungsweise auch bei den juristischen Personificationen der ersten Klasse durchführen (wie das wirklich will Brinz S. XI u. 172, unter Beifall von Demelius die Rechtsfiction S. 85 u. namentlich Jahrb. f. Dogm. IV. 2 [1860], [Randa Arch. f. Handels- und Wechselr. XIV. 4 (1867),] s. auch Bekker Zeitschr. f. Handelsr. IV. 10 (1861), und dagegen Unger kr. Ueberschau VI S. 156 fg. u. österr. Erbrecht §. 7 Anm. 10 [12. 13], Arndts kr. VJSchr. I S. 93 fg. und Pand. §. 41 Anm. 3, Vangerow 7. Aufl. I §. 53 Anm. a. E., H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 8 fg.), so würde man sich mit feststehenden, und auf keiner Unklarheit des Denkens beruhenden Anschauungen des Lebens in Widerspruch setzen, und das soll die juristische Theorie nicht. So wenig wie der Staat ꝛc. überhaupt eine „Vogelscheuche" ist (vgl. Bluntschli krit. VJSchr. I S. 494—500), so wenig ist er es als Rechtssubject. Vgl. auch Fitting kr. VJSchr. I S. 585. [Jetzt Brinz S. 979 fg.]

[5] Person nennen wir das mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabte Individuum. Die s. g. juristischen Personen sind persönlich gedachte Nichtpersonen; daß sie als Personen gedacht werden, beruht auf einem der Menschennatur inwohnenden Zuge, und nicht auf einer Vorschrift des Rechts; insofern kann man sie sogar zu den natürlichen Personen rechnen (vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 359—365 und unten §. 59 Note 1a). Allerdings werden nun die Ausdrücke Person und Persönlichkeit vielfach auch in einem anderen Sinne gebraucht (nicht immer, wie es scheint, mit einem klaren Bewußtsein dieses Gegensatzes). Man versteht unter Person auch das vom Rechte mit der Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, ausgestattete Individuum, unter Persönlichkeit die Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, so daß also Persönlichkeit gleich Rechtsfähigkeit ist. In diesem Sinne sind die juristischen Personen freilich juristische Personen; aber der Mensch ist es nicht minder, denn auch er hat Rechtsfähigkeit nur, weil und insofern sie ihm vom Rechte verliehen ist. Vgl. Kuntze die Obligation S. 377. [Unger österr. Erbrecht §. 7 Anm. 11.] — Die Römer verstehen unter persona (über die Ableitung des Wortes s. Gell. Noct. Att. V. 7 und Böcking I §. 30 Note 3) nicht Rechtssubject, sondern Person im nichtjuristischen Sinne des Worts, so daß sie z. B. keinen Anstand nehmen, von einer persona servi oder servilis zu

Bezeichnung ist: fingirte Person[6], eine noch schlechtere, früher viel gebrauchte: moralische Person. Auch der Ausdruck mystische Person findet sich wohl.

Unbestimmtheit des Rechtssubjects*.

§. 50.

Die Verknüpfung der Rechte und Verbindlichkeiten mit einem, leiblich existirenden oder nur vorgestellten, Rechtssubject erfolgt regelmäßig in der Weise, daß die Rechte und Verbindlichkeiten einem bestimmten Subject zugeschrieben werden. Sie kann aber auch in der Weise erfolgen, daß als Subject der Rechte und Verbindlichkeiten jede Person bezeichnet wird, welche in ein gewisses Verhältniß, z. B. Besitz oder Eigenthum einer Sache, hineintritt[1]. Diesem Falle ähnlich, aber wohl von dem-

---

reden (l. 86 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 215 D. de V. S. 50. 16, l. 22 pr. D. de R. I. 50. 17). Für das, was wir juristische Person nennen, haben sie keine Bedeutung, sondern sagen, Etwas werde wie eine Person behandelt (l. 22 D. de fidei 46. 1), oder nennen es geradezu persona (l. 9 §. 1 D. quod metus causa 4. 2, in welcher Stelle die Corporation der „singularis persona" entgegengesetzt wird, vgl. „persona publica" und „persona coloniae" bei Agg. Urb. und Frontin., röm. Feldmesser ed. Lachmann p. 16. 54). Wenn es in Nov. Theod. XVII. 1 §. 2 und bei Cassiod. Var. VI. 8 von den Sclaven heißt: „personam non habentes", „personam legibus non habentes", so soll damit, wie der Zusammenhang deutlich zeigt, lediglich ihre Unfähigkeit, vor Gericht aufzutreten, bezeichnet werden, so daß die Redeweise nur das legitimam personam (standi) in iudicio" der rubr. Cod. 3. 6 wiedergibt, wo persona nichts bezeichnet als Rolle, Function; es heißt hier personam habere, wie es sonst heißt: personam ferre, gerere, sustinere, tueri, capere, recipere. Ganz allgemein aber und mit Ableitung anderer Consequenzen nennt Theophilus (zu §. 1 I. de her. inst., pr. I. de stip. serv., §. 3 I. quib. mod. toll. obl.) den Sklaven ἀπρόσωπος, so daß nicht zu bezweifeln ist, daß er in der That unter persona Rechtssubject versteht.

[6] Wenn man den Menschen die natürliche Person nennt, so bildet den Gegensatz nicht die juristische, sondern die nur vorgestellte, in Gedanken künstlich geschaffene, also fingirte Person. v. Scheurl (Beiträge I S. 5—11) will nur diejenigen künstlichen Personen, welche keinen andern Zweck haben, als den, Rechtssubject zu sein, fingirte Person genannt wissen, die übrigen juristische.

* Vgl. Savigny II §. 103 und unten II §. 291. §. 50.

[1] Beispiele: Grunddienstbarkeiten, Obligation aus dem Zwange.

selben zu unterscheiden, ist der Fall, wo an die wechselnden Personen nicht sowohl das Recht selbst, als vielmehr nur die Ausübung desselben angeknüpft ist, was ebenso auch bei der Verbindlichkeit denkbar ist. Insofern in diesem letzteren Falle für das Recht und die Verbindlichkeit nicht durch Personification ein künstliches Subject geschaffen wird, müssen sie als subjectlos bezeichnet werden[2]. Ferner ist zu unterscheiden der Fall, wo es zwar ebenfalls von einem künftigen Umstande abhängt, wer Subject des Rechts oder der Verbindlichkeit ist, derjenige aber, der einmal Rechtssubject geworden ist, es auch definitiv bleibt. In diesem Falle liegt nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Rechtssubjects, als eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Rechtssubjects vor[3].

Mehrheit der Rechtssubjecte*.

§. 51.

Die Rechte und Verbindlichkeiten können auch angeknüpft sein an eine Mehrheit von Subjecten. Es ist dieß nicht möglich bei allen Rechten, namentlich nicht bei den Familienrechten; bei denjenigen, bei welchen es möglich ist, kommt es noch in einer doppelten Weise vor. Entweder so, daß jedes Subject die Fülle des Rechts hat und keines dem anderen in der Ausübung des Rechts hindernd in den Weg treten darf; ebenso bei der Verbindlichkeit, daß dieselbe gegen jedes Subject geltend gemacht werden kann, ohne daß das in Anspruch genommene Subject berechtigt wäre, den Mitverbundenen zur Mitleidenschaft zu ziehen[1]. Oder die mehreren Subjecte haben das Recht und die Verbindlichkeit zusammen, so daß dieselben nur durch und gegen alle Subjecte in Bewegung gesetzt werden können, und zwischen ihnen dem

---

[2] Vgl. §. 57 Note 10.

[3] Vgl. §. 49 Note 1.

* v. Buchholtz Versuche Nr. 4 (1831). Warnkönig in Roßhirt's Zeitschrift f. Civ.-u. Crim. R. III S. 67 fg. (1838). Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 162 fg. 181 fg. (1844) und Handbuch II §. 75. Savigny Obl.R. I §. 30 fg. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 3—22 (1862). Unger I §. 67.

§. 51. [1] Beispiel: Correalobligation.

Werth nach getheilt sind[2]. Von dem letzteren Falle ist wohl zu unterscheiden der Fall, wo ein Recht oder eine Verbindlichkeit sich unter mehrere Subjecte in der Weise spaltet, daß jedes Subject ein besonderes für sich bestehendes Recht, oder eine besondere für sich bestehende Verbindlichkeit hat, wie z. B. die Obligation des Erblassers unter die mehreren Erben; das Recht und die Verbindlichkeit sind hier nicht dem Werth, sondern der Substanz nach getheilt, eine Mehrheit der Subjecte für ein und dasselbe Recht, eine und dieselbe Verbindlichkeit ist in der That nicht vorhanden. Von Theilung und Theilbarkeit der Rechte spricht man in dem einen und dem anderen Fall.[3]

II. Der Mensch als Rechtssubject.

A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit*.

§. 52.

Der Mensch ist fähig, Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, Rechtssubject zu sein, er ist rechtsfähig von dem Augenblicke seiner Existenz an. Beginnt aber die Existenz des Menschen erst mit der Geburt, oder schon mit der Erzeugung? Die Auffassung des römischen Rechts ist folgende. Das Kind im Mutterleib als solches ist noch nicht Mensch[1]; wird es aber als rechtsfähiger Mensch geboren, so wird, was seine eigene rechtliche Lage angeht[2], seine Existenz gerechnet nicht erst von der Zeit

---

[2] Beispiel: Miteigenthum.

[3] Die Schrift von Baron: die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht (1864) beruht auf dem Gedanken, daß ein Recht einerseits ungetheilt mehreren Einzelnen, und andererseits zugleich der durch die Zusammenfassung dieser Einzelnen gebildeten neuen Persönlichkeit, ihrer Gesammtheit, zustehen könne (ebenso bei den Verbindlichkeiten). Der Verf. sucht sich in dieser Weise eine Reihe von rechtlichen Erscheinungen zu vermitteln, zu deren Erklärung es einer so unnatürlichen Annahme nicht bedarf. Gegen Baron: A. Pernice krit. VJSchr. VII S. 106—127.

* Savigny II §. 61—63, Sintenis I S. 91—95. §. 52.

[1] L. 9 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur". L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre 25. 4: — „partus . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum".

[2] In l. 7 D. de statu hom. 1. 5 heißt es: „quotiens de commodis ipsius partus quaeritur". Aber vgl. l. 26 D. de statu hom. 1. 5, l. 48 §.

seiner Geburt, sondern bereits von der Zeit seiner Erzeugung an[3]. Fallen daher dem Kinde im Mutterleibe Rechte an, so kann es dieselben, da es noch nicht Mensch, und folglich nicht rechtsfähig ist, zwar einstweilen nicht erwerben; von der anderen Seite aber ist der Anfall auch nicht nichtig, wenn das Kind nur hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird; die Rechte gelten dann als einem rechtsfähigen Subjecte anerfallen[4]. Bis zur Geburt des Kindes bestehen sie einstweilen als subjectlose fort, und nur in ungenauer Redeweise können sie schon jetzt als Rechte des Kindes bezeichnet werden[5].

Durch die Geburt wird nicht nothwendig eine menschliche Persönlichkeit und folglich ein Rechtssubject hervorgebracht. Damit

---

5 D. de furt. 47. 2 (wird an einer schwangeren Sclavin ein furtum begangen, so ist das von ihr geborene Kind res furtiva). Der Gegensatz, welchen die l. 7 cit. hervorheben will, ist der, daß, wo die Existenz eines Menschen einem Anderen einen rechtlichen Vortheil bringt, diese Existenz erst von der Zeit der Geburt an gerechnet werden dürfe. Sie denkt hauptsächlich, wenn nicht allein, an die durch die Gesetzgebung der ersten Kaiserzeit an das Kinderhaben angeknüpften Belohnungen und Straffreiheiten. Hinlänglich allgemein ist der Ausdruck in l. 231 D. de V. S. 50. 16: „cum de ipsius iure quaeritur". L. 26 D. de statu hom. 1. 5: „in toto paene iure civili". Vgl. Savigny II S. 4—6. 12 fg., Dernburg Pfandrecht I S. 446 fg.

[3] In den Quellen heißt es schlechthin, der Ungeborene werde als bereits geboren angesehen (s. die in der vorigen Note citirten Stellen) — ungenau; denn wird er nicht als rechtsfähiger Mensch geboren, so ist er auch nach rechtlicher Betrachtung nie Mensch gewesen. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5 „Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto". L. 129 D. de V. S. 50. 16.

[4] L. 30 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 3 D. si pars her. 5. 4.

[5] §. 2 I. de her. inst. 2. 14: „eius qui in utero est servus". Richtig drückt sich l. 3 D. si pars her. 5. 4 aus: antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent". Rudorff (zu Puchta §. 114. b) erklärt den Ungeborenen für eine juristische Person. Daraus würde folgen, daß er erwürbe, und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlöre. Hierauf antwortet jetzt, in der 10. Aufl., Rudorff, wenn ich ihn recht verstehe, daß der Ungeborene nicht erwerbe: aber wozu denn die juristische Persönlichkeit? S. auch Vangerow I S. 64. 65 der 7. Aufl., Köppen die Erbschaft S. 46 fg.

es der Fall sei, ist nothwendig, daß das Geborene menschliche Bildung habe[6], lebendig[7] und keine Fehlgeburt sei[8].

§. 53.

Die menschliche Persönlichkeit endet mit dem Tode; der Gestorbene ist nicht mehr rechtsfähig, wie der Ungeborene es noch nicht ist.

Entsteht Streit darüber, ob ein Mensch noch lebe oder nicht, so muß den Tod beweisen, wer sich auf den Tod, das Leben, wer sich auf das Leben beruft. Verschollene gelten aber nach heutigem gemeinen Gewohnheitsrecht als gestorben, sobald seit ihrer Geburt 70 Jahre verflossen sind; der größeren Sicherheit wegen wird jedoch eine Edictalcitation erlassen, und daß sie keinen Erfolg gehabt habe, durch eine Erklärung des Gerichtes ausgesprochen (s. g. Todeserklärung)[1]. Von der anderen Seite aber gilt der Verschollene auch für anfallende Erbschaften und Ver-

---

[6] L. 14 D. de statu hom. 1. 5, l. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 §. 1 D. de lib. 28. 2. Vgl. l. 44 pr. D. de rel. 11. 7.

[7] L. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 pr. D. de lib. 28. 2, l. 129 D. de V S. 50. 16. Seuff. Arch. II. 124.

[8] L. 2 C. de post. 6. 29, §. 1 I. de exh. lib. 2. 13, vgl. Paul. R. S. IV. 9 §. 1. 6. Fehlgeburt: abortus. Die Fehlgeburt kann auch lebendig sein; das lebendig Geborene ist Fehlgeburt dann, wenn es nicht so lange im Mutterleib gewesen ist, daß es sein Leben außerhalb des Mutterleibes fortsetzen kann. Dagegen schließt eine auf anderen Gründen beruhende Lebensunfähigkeit die Rechtsfähigkeit nicht aus. Das Letztere ist heutzutage unbestritten; nicht daß Lebensfähigkeit in jenem ersten Sinn Voraussetzung der Rechtsfähigkeit allerdings sei. Savigny III Beil. III, Vangerow I §. 32 Anm. Für die richtige Meinung jetzt namentlich Wächter Comm. de partu vivo non vitali pars I—V (Lipsiae 1863—1866). [Einen Bericht über den Inhalt dieser akademischen Programme gibt Fitting Arch. f. civ. Pr. L. 1.]

[1] Vgl. über diese Lehre vor Allem die treffliche und erschöpfende Abhandlung von Bruns Jahrb. d. gem. R. I. 5 (1857) [aus der älteren Literatur außer den bei Bruns citirten noch: H. Tschierpe über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831), herausg. von Trotsche (1866)]. Das römische Recht half, abgesehen von einigen besonderen Bestimmungen, durch die Erwägung der Wahrscheinlichkeit im einzelnen Fall. Bruns a. a. O. S. 92—122. Daß das vollendete 70. Lebensjahr das entscheidende sei, hat sich erst im 18. Jahrhundert festgestellt, auf Grund von Psalm 90 V. 10. Bruns S. 174 fg. Auch der Zeitpunkt des Todes wird durch das vollendete 70. Jahr bestimmt; die s. g. Todeserklärung hat nur §. 53.

mächtnisse bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt als lebend, so daß sein Leben nicht weiter bewiesen zu werden braucht[2].

[3]Wie den Tod eines Menschen beweisen muß, wer sich auf denselben beruft, so den Zeitpunkt des Todes, wer sich darauf beruft, daß Jemand zu einem bestimmten Zeitpunkt gestorben sei. Dieß gilt namentlich für den Fall, wo Rechte darauf gegründet werden, daß von zwei Menschen einer den anderen überlebt habe, einer zu Lebzeiten des anderen gestorben sei. Ist es nicht möglich, den Beweis dieser Thatsache zu erbringen, so können die

---

declaratorische Wirkung. Bruns S. 176—186. 198—201, Vangerow I §. 33 Anm. 1. Darüber wie es zu halten sei, wenn der Verschollene zur Zeit des Verschwindens das 70. Jahr bereits zurückgelegt hatte, hat sich bei der Seltenheit des Falles eine feste Meinung weder in Theorie noch Praxis bilden können; ein Urtheil der Leipziger Juristen-Facultät von 1784 geht auf das (in der früheren Zeit vielfach als überhaupt entscheidend festgehaltene) 100. Jahr zurück. Bruns S. 186. 187. 201. — Es können aber auch schon vor dem Ablauf des bezeichneten Termins die nächsten Erben des Verschollenen Auslieferung seines Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung gegen Caution begehren. S. II §. 447 a. E.

[2] Bruns S. 123. 124. 140—142. 168—172. 193—196. Bruns S. 195. „Daß eine ganz absolute und allgemeine Präsumtion für die Fortdauer des Lebens grundlos und unzweckmäßig ist, soll nicht geleugnet werden. Damit ist aber die besondere Begründung und Zulassung derselben bei den activen und passiven Erbverhältnissen des Verschollenen ganz wohl vereinbar". Doch ist auch die entgegengesetzte Ansicht (also: der Sinn der Präsumtion sei nur, nach dem 70. Jahre lebe der Verschollene nicht mehr, nicht auch, bis dahin lebe er) namentlich durch die Ausführung von Cropp (Heise und Cropp jur. Abhandl. II 4. 5 [1830]), welche „aber durch Vernachlässigung der historischen Entwicklung der vorigen Jahrhunderte entschieden auf einseitigen Grundlagen beruht" (Bruns S. 193), in Theorie und Praxis zu mannichfacher Anerkennung gelangt. Bruns S. 195; Blätter für RAnwendung zunächst in Bayern XXVI Nr. 2—4 (1861), Köppen Erbrecht S. 444 fg. [Unger österr. Erbr. §. 36 Anm. 6, Northoff Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 1.] Seuff. Arch. I. 160, VII. 356, IX. 49. 254, XII. 1, XIV. 149, XV. 200. Die beiden zuletzt genannten Erkenntnisse sind aus der Zeit nach Erscheinen des Bruns'schen Aufsatzes; berücksichtigt ist derselbe nur im zweiten. An der Lebenspräsumtion halten fest die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. III. 298, V. 31, IX. 310, [XXII. 8]. Ich halte das Argument, welches die Vertheidiger der Lebenspräsumtion aus der successio ex nunc ziehen, für nicht widerlegt.

[3] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. IV. 27 (1821). Gaedke de iure commorientium (1830).

betreffenden Rechte auch nicht in Anspruch genommen werden[4]. Nur wenn Aeltern und Kinder zusammen umgekommen sind, hilft das römische Recht durch die Präsumtion, daß die geschlechtsreifen Kinder die Aeltern überlebt haben, die nicht geschlechtsreifen vor ihnen gestorben seien[5]. Abgesehen von diesem Falle nimmt das römische Recht für zusammen Umgekommene Gleichzeitigkeit des Todes an[6].

III. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheiten der Menschen.

Geschlecht, Alter, Gesundheit.

§. 54.

Die Verschiedenheit des Geschlechts begründet regelmäßig eine Verschiedenheit der privatrechtlichen Beurtheilung nicht[1]. Doch sind Weiber auf der einen Seite zu bestimmten Rechtsverhältnissen unfähig, wie z. B. zur Vormundschaft, auf der andern

---

[4] L. 16—18 l. 9 §. 3 D. de reb. dub. 34. 5, l. 8 eod., l. 32 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 26 D. de mort. c. don. 39. 6, l. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1 (eine andere Auffassung in Betreff des in dieser letzteren Stelle behandelten Falles in l. 9 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 34 pr. l. 42 pr. D. de vulg. 28. 6).

[5] L. 9 §. 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Die Präsumtion gilt aber nicht unbedingt: l. 17 §. 7 D. ad SC. Treb. 36. 1 (l. 9 §. 2 D. de reb. dub. 34. 5). Mühlenbruch a. a. O. will sie auch bei anderen Personen anwenden. Diese Ansicht ist zu verwerfen, da kein sicherer Anhaltspunkt für eine analogische Ausdehnung gegeben ist. Aus demselben Grunde darf auch das Erforderniß des zusammen, d. h. durch dieselbe Thatsache, Umgekommenseins nicht nachgelassen werden. A. M. sind in dieser letzteren Beziehung (namentlich auch mit Berufung auf l. 11 pr. D. de B. P. s. t. 37. 11, welche Stelle aber von unserer Präsumtion nicht spricht) Mühlenbruch a. a. O. S. 397—399, Kierulff S. 92, Böcking I §. 32 Note 11, Arndts §. 27 Anm. 1. Dawider Savigny II S. 22, Vangerow I §. 33 Anm. 2 und das Urtheil bei Seuff. Arch. II. 125.

[6] S. die in den beiden vorigen Noten citirten Stellen, und vgl. II §. 429 Note 1 Nr. 3. Savigny II S. 20.

[1] Daher l. 195 pr. D. de V. S. 50. 16. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur". L. 1. eod. „Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complectitur". Vgl. §. 54.

Seite werden sie in einigen Fällen milder beurtheilt, als die Männer, wie z. B. bei dem Eintreten in eine fremde Schuld[2]. Ein Zwittergeschlecht erkennt das römische Recht nicht an[2a].

Größere Bedeutung für die privatrechtliche Beurtheilung hat die Verschiedenheit des Alters. Namentlich kommt in Betracht das jugendliche Alter, weniger das Greisenalter[3], jenes hauptsächlich als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit (§. 71). In dem jugendlichen Alter wird aber noch unterschieden: 1) die Zeit der Kindheit[4], d. h. bis zum vollendeten 7. Jahre[5] 2) die Zeit der Geschlechtsunreife[6], welche nach der Annahme des römischen Rechts beim männlichen Geschlecht mit dem vollendeten 14., beim weiblichen mit dem vollendeten 12. Jahre aufhört[7]; 3) die Zeit der Minderjährigkeit[8], d. h. die Zeit bis zum vollen-

---

l. 52 eod. Daß nicht auch umgekehrt, wenn in gesetzlichen Bestimmungen vom weiblichen Geschlecht die Rede ist, die Bestimmung auf das männliche Geschlecht erstreckt werden darf, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil l. 45 pr. D. de leg. II° 31 von gesetzlichen Bestimmungen nicht spricht.

[2] Ein allgemeines Princip versucht aufzustellen l. 2 pr. D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 9 D. de statu hom. 1. 5. — Das ältere römische Recht beschränkte die Frauen auch in der Handlungsfähigkeit (Ulp. XI. 27, Gai. I. 189—193), ebenso das ältere deutsche Recht. Von Letzterem hat sich in Deutschland particularrechtlich Manches erhalten. Kraut Vormundschaft II S. 291 fg.

[2a] L. 10 D. de statu hom. 1. 5.

[3] Thibaut über die Senectus. Arch. f. civ. Pr. VIII. 2 (1825).

[4] Infantia; infans, is qui fari non potest. Vgl. hierüber und über das Folgende Savigny III §. 107—111.

[5] L. 18 pr. C. de iure del. 6. 30, l. 1 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7.

[6] Impubertas—pubertas, impubes—pubes. Der impubes heißt insofern er unter Vormundschaft steht pupillus (Mündel). Auch die Ausdrücke prima, secunda aetas kommen vor, z. B. l. 30 C. de ep. aud. 1. 4. In der deutschen Rechtssprache wird die pubertas gewöhnlich als Mündigkeit bezeichnet; mit Unrecht, denn es ist dieß „weder mit der Sprache des gemeinen Lebens, noch mit der Terminologie unserer älteren Gesetze übereinstimmend“. Kraut Vormundsch. I S. 155.

[7] Pr. I. quib. mod. tut. 1. 22, l. 3 C. quando tut. 5. 60. Das zurückgelegte 18. Jahr wird plena pubertas genannt in §. 4 I. de adopt. 1 11, l. 40 §. 1 D. eod. 1. 7; vgl. l. 14 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1. Der Ausdruck proximus pubertati geht, wie der entsprechende proximus infantiae, auf eine bestimmte Altersstufe nicht.

[8] Minor—maior aetas; minores XXV annis—maiores XXV annis, aber auch, und zwar gewöhnlich, schlechthin minores-maiores. Die maior aetas

den 25. Jahre[9]. Minderjährige können nach zurückgelegtem 20. bez. 18. Jahre durch den Regenten für volljährig erklärt werden, ohne jedoch dadurch in allen Beziehungen den Volljährigen gleichgestellt zu werden[10].

Was den Zustand der Gesundheit angeht, so ist von rechtlicher Bedeutung namentlich die Störung der geistigen Gesundheit, der Wahnsinn, hauptsächlich als Grund der Ausschließung der Handlungsfähigkeit. Die verschiedenen Formen des Wahnsinns[11] begründen eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nicht[12]. Dagegen ist vom Wahnsinn die bloße Unentwickeltheit der geistigen Kräfte, die Geistesschwachheit, wohl zu unterscheiden[13].

Religiöses Bekenntniß; Staatsangehörigkeit; Hausunterthänigkeit.

§. 55.

Was die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses angeht, so finden die Nachtheile, welche das römische Recht über

---

heißt auch legitima aetas, z. B. in l. 5 C. quando dies 6. 53, weil die Festsetzung dieser Altersgränze auf einer lex (Plaetoria) beruht. Im Deutschen wird der Gegensatz zur Minderjährigkeit durch die Ausdrücke: Großjährigkeit, Volljährigkeit bezeichnet.

[9] L. 1 D. de min. 4. 4.

[10] Der lateinische Ausdruck für Volljährigkeitserklärung ist venia aetatis. L. 2. 3 C. qui veniam 2. 45. Kraut Vormundschaft II S. 168—171. Vgl. II §. 442 Note 6.

[11] In den Quellen werden unterschieden der furiosus und der mente captus oder demens, l. 25 C. de nupt. 5. 4, l. 8 §. 1 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 D. de cur. fur. 27. 10, l. 28 C. de episc. aud. 1. 4, l. 28 §. 1 C. de admin. 5. 37.

[12] Für einen einzelnen Fall ausdrücklich anerkannt in l. 25 C. de nupt. 5. 4. Deßwegen werden auch wohl die verschiedenen Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht, z. B. l. 7 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10, l. 2 C. eod. 5. 70. Der den Quellen geläufigste Ausdruck ist der Ausdruck furiosus.

[13] Fatuus. L. 2 D. de post. 3. 1. l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. In §. 4 I. de cur. 1. 23 wird derjenige, welcher in diesen Stellen fatuus heißt, mente captus genannt. Cic. Tusc. III. 5 bezeichnet den Zustand desselben als insania.

Ketzer und Apostaten auch in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung verhängte[1], heutzutage in Deutschland keine Anwendung mehr[2]. Die Unfähigkeit der Juden zur Ehe mit Christen, welche das römische Recht ausspricht[3], gilt auch heutzutage gemeinrechtlich in Deutschland[4], und auch noch in einigen anderen Beziehungen unterliegen die Juden gemeinrechtlich Beschränkungen ihrer bürgerlichen Rechtsstellung[4a]. cf Pers. Stand Ges § 75

Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Fremden, welche sich im früheren römischen Rechte findet, hat bereits im Justinianischen fast alle Bedeutung verloren[5]. Aus dem heutigen gemeinen Recht Deutschlands ist sie ganz verschwunden[6].

Die weit gehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit, welcher die Hauskinder nach dem älteren römischen Rechte unter-

---

§. 55. [1] Cod. 1. 5 de haereticis et Manichaeis. 1. 7 de apostatis. 1. 11 de paganis (et sacrificiis et templis).

[2] Durch den Westphälischen Frieden (I. P. O. art. V §. 35) und die deutsche Bundesakte (Art. 16) ist den Bekennern der (drei) christlichen Religionsparteien der Genuß aller bürgerlichen Rechte gewährleistet. Die Anwendung der römischen Bestimmungen auf die anderen religiösen Bekenntnisse ist als durch die Praxis beseitigt anzusehen.

[3] L. 6 C. de Iud. 1. 9.

[4] Walter Kirchenr. §. 300, Richter Kirchenr. §. 261.

[4a] S. II §. 312 Note 6, II §. 335 Note 21, u. vgl. I §. 232 Note 11 a. E. Die deutsche Bundesakte (Art. 16) hat den Juden nur versprochen, in Betracht ziehen zu wollen, wie denselben „der Genuß der bürgerlichen Rechte . . verschafft und gesichert werden könne".

[5] Die römischen peregrini, welche Rechtsfähigkeit nur nach ius gentium, nicht nach ius civile hatten, gehörten einem fremden Volke, aber nicht nothwendigerweise einem fremden Staate an. Dem Justinianischen Rechte erscheint es als die entschiedene Regel, daß die Angehörigen des römischen Staates auch Angehörige des römischen Volkes seien, und der römische Staat reichte so weit, wie die civilisirte Welt.

[6] Bar das internationale Privat- und Strafrecht S. 64 fg. — Das Institut des Abschosses ist nicht gemeinrechtlich, und wenig praktisch. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Mittermaier I §. 111, Beseler §. 65 Nr. III.

lagen, ist im Justinianischen bis zur Unkenntlichkeit zusammengeschrumpft[7.8]

Die bürgerliche Ehre*.

§. 56.

Das römische Recht kennt eine doppelte Art der Ehrenminderung.

1. Ehrenminderung kraft der öffentlichen Meinung. Dieselbe

---

[7] Hauskinder konnten nichts Eigenes haben; was sie erwarben, erwarben sie nicht für sich, sondern für ihren Gewalthaber. Im Justinianischen Rechte ist davon übrig geblieben, daß sie nicht für sich erwerben, was aus dem Vermögen des Gewalthabers an sie gelangt; nun ist nicht mehr ihre Rechtsfähigkeit beschränkt, sondern in einer einzelnen Beziehung ihre Erwerbfähigkeit. Außerdem ist ihre Dispositionsfähigkeit insofern beschränkt, als sie über gewisse Erwerbe kein Testament machen können. Ueber die Ansicht derer, welche auch für das ältere Recht eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Hauskinder nicht zugeben wollen, s. Böcking I §. 45, v. Scheurl Beiträge I S. 234, Arndts §. 28 Anm. 3.

[8] Nach römischer Rechtsanschauung wurde durch den Verlust der Civität, des Hauses (der familia), und drittens der Freiheit eine juristische Umgestaltung der Persönlichkeit hervorgebracht. Dieselbe heißt capitis diminutio, und hatte selbständige (von dem Inhalt der Thatsachen, durch welche sie hervorgebracht wurde, unabhängige) Wirkungen. Für uns hat die Lehre von der capitis diminutio keine Bedeutung mehr; denn der Verlust der Freiheit ist bei uns nicht mehr möglich, Verlust der Staatsangehörigkeit privatrechtlich gleichgültig, was aber die durch den Verlust des Hauses begründete capitis diminutio angeht, so sind, wenn man auch darüber hinwegsehen will, daß wir heutzutage etwas der römischen familia Entsprechendes nicht haben, die Wirkungen derselben theils schon im Justinianischen, jedenfalls aber im heutigen Rechte beseitigt. (Der Verlust der Agnation ist nicht Wirkung der c. d., sondern das sie Begründende. Ueber den Untergang der Schulden s. §. 116 Note 2.) Vgl. über die c. d.: Savigny II §. 68—75 u. Beilage VI, Puchta Instit. II §. 220, Vangerow I §. 34, Böcking I §. 58, v. Scheurl Beiträge I. 9. — In früherer Zeit unterschied man: 1) status civiles, a) libertatis, b) civitatis, c) familiae; 2) status naturales (sexus, aetatis etc.). Das Verwirrendste dabei war, daß man die römische familia mit der heutigen Familie identificirte.

* Glück V S. 129—217. Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (1824). Savigny II §. 76—83 u. Beilage VII.

hat Einfluß auch auf die privatrechtliche Behandlung des Menschen; jedoch ist dieser Einfluß nicht von umfassender Art[1].

2. Ehrenminderung kraft Rechtssatzes, unter dem technischen Namen infamia[2]. Ihre Quelle ist das prätorische Edict, an welches sich ergänzende kaiserliche Verordnungen angeschlossen haben[3]. Auch von dem canonischen Recht und der Reichsgesetzgebung wird sie noch anerkannt[4]. Wenn aber nach ihrer heutigen Anwendbarkeit gefragt wird, so ist vor allen Dingen festzuhalten, daß jede juristische Ehrenminderung ihre hauptsächliche Bedeutung in dem Einflusse auf die öffentliche Meinung hat, welchen der unmittelbare Ausspruch des Gesetzes über den moralischen Werth oder Unwerth eines Menschen bei regelmäßigen Verhältnissen auszuüben nie unterlassen wird. Diese Bedeutung kann der römischen Infamie heutzutage schon deßwegen nicht zukommen, weil die sie verhängenden Bestimmungen nur wenigen Gelehrten bekannt sind, nicht aber dem Volke. Fragt man also nach der

---

§. 56. [1] Die hauptsächlichste hierher gehörige Bestimmung ist, daß für Geschwister durch Vorziehung einer bescholtenen Person ein Recht zur Anfechtung des Testaments wegen Verletzung des Pflichttheils begründet wird. Außerdem kommt die Bescholtenheit namentlich auch da in Betracht, wo der Richter überhaupt auf eine freie Würdigung der Person angewiesen ist, z. B. bei der Bestellung eines Vormundes.

[2] Die nicht auf Rechtssatz beruhende Ehrenminderung hat keinen technischen Namen; sie wird ignominia, turpitudo, nota genannt. Die Neueren nennen sie infamia facti, und stellen ihr die auf Rechtssatz beruhende als infamia iuris entgegen.

[3] L. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. 50. 13. „Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur". Das prätorische Edict in l. 1 D. de his qui notantur infamia 3. 2. Vollständige Aufzählung der Gründe der Infamie bei Savigny §. 77, Puchta §. 120, Arndts §. 31 Anm. 1, Vangerow I §. 47 Anm., Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 45—61. Die Neueren unterscheiden infamia immediata, d. h. die unmittelbar in Folge einer gewissen Thatsache oder Lebensweise, und infamia mediata, d. h. die erst in Folge einer richterlichen Verurtheilung eintretende Infamie.

[4] c. 2 C. 6 qu. 1. „Omnes vero infames esse dicimus, quos leges

heutigen Abwendbarkeit der römischen Infamie, so ist der Sinn der Frage nicht der, ob auch heutzutage noch für ehrlos zu erachten sei, wer durch jene Bestimmungen für ehrlos erklärt wird, sondern, ob der durch sie für ehrlos Erklärte noch fortwährend den mit dieser Ehrloserklärung in Verbindung gebrachten Nachtheilen unterliege. Diese Frage aber ist für das, hier allein in Betracht kommende, Privatrecht müßig, da sich unter jenen Nachtheilen privatrechtliche bereits nach Justinianischem Rechte nicht mehr befinden[5]. Die Nachtheile, welche das einheimische

---

saeculi infames appellant". Die N. O. von 1512 Tit. 1 §. 2 schließt vom Notariat aus die „ehrloß infames genannt". Andere Reichsgesetze führen die Ehrlosigkeit als Strafe gewisser Vergehen neu ein, so P. G. O. Art. 107. 122, R. A. 1551 §. 80, R. S. 1668. 1670. 1731 (Sammlung der Reichsabschiede IV S. 56. 72. 379), vgl. auch Auth. Frid. I. *Habita* C. ne filius pro patre 4. 13 und Auth. Frid. II. *Agricultores* C. quae res pignori 8. 17.

[5] Die an die infamia im Justinianischen Rechte angeknüpften Nachtheile sind folgende. a) Der infamis wird zum postulare pro aliis nur in beschränktem Maße zugelassen, l. 1 §. 7. 8 D. de post. 3. 1, bestätigt durch das canonische Recht: c. 2 C. 3 qu. 7. Das postulare pro aliis bildet nach späterem römischen Recht den Inhalt eines Amtes, des Amtes des Advocaten. Auch heutzutage ist die Advocatur regelmäßig ein vom Staate übertragenes Amt. b) In gleicher Weise ist der infamis unfähig zur Proceßprocuratur. Auf diese Unfähigkeit konnte sich früher auch der Gegner berufen; Justinian hat das aufgehoben (§. 11 I. de exc. 4. 13), und wenn das canonische Recht jene Unfähigkeit wiederholt ausgesprochen hat (c. 2 C. 3 qu. 7), so ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß es in dieser Beziehung das römische Recht habe reformiren wollen, so daß sich auch aus ihm nur ein Remotionsrecht des Richters herleiten läßt. Auch die Proceßprocuratur ist übrigens heutzutage vielfach ein vom Staate übertragenes Amt. c) Ausschluß von dignitates und honores, welcher jedoch nicht bloß für infames, sondern für übelbeleumdete Personen überhaupt gilt, l. un. C. de infam. 10. 57, l. 8 C. de decur. 10. 31, l. 2 C. de dignit. 12. 1. Die N. O. Tit. 1 §. 2 hat hinzugefügt, daß den infames das Notariat nicht übertragen werden soll. Ueber die behauptete Unfähigkeit der infames zum Zeugniß s. Savigny II S. 222. — Hiernach reducirt sich die Frage, ob die Nachtheile der infamia heutzutage fortdauern auf die Fragen: ob die infamia Grund des Ausschlusses von einem öffentlichen Amte (mit Einschluß der Advocatur, Procuratur und des Notariats) ist, und: ob, wo Advocatur und Procuratur Amt nicht sind, der Richter befugt ist, den infamis von diesen Thätigkeiten auf eigene Hand zu removiren. Beides sind nicht privatrechtliche Fragen. Sollen sie übrigens beantwortet werden, so ist in Betreff der letzteren zu sagen, daß dem Richter das Recht der freien Cog-

Recht an die Ehrlosigkeit anknüpft, beziehen sich auf einen Begriff der Ehrlosigkeit, für welchen die römische Lehre von der Infamie, wenn sie auch auf seine Entwickelung mit eingewirkt hat, nicht mehr maßgebend ist[6].

Verwandtschaft und Schwägerschaft*.

§. 56a.

Ein Verhältniß der Person, welches im Rechte mannigfach in Betracht kommt, ist auch die Verwandtschaft[1]. Verwandt ist Jemand mit denjenigen Personen, mit welchen er durch die Gemeinschaft des Blutes verbunden ist[2]; im Einzelnen: mit denjenigen, von welchen er abstammt, mit denjenigen, welche von ihm abstammen, endlich mit denjenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt. Diejenigen, von welchen er abstammt, sind seine Ascendenten, diejenigen, welche von ihm abstammen, seine Descendenten, diejenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt, seine Seitenverwandten. Die Verwandtschaft der Ascendenten und der Descendenten bildet die Verwandschaft in der geraden Linie[3]. Die Nähe der Verwandtschaft bestimmt sich nach

---

nition über die Zulassung von Personen, welche nicht in eigenem Namen vor ihm auftreten, überhaupt nicht bestritten werden darf, in Betreff der ersteren aber, daß die Fähigkeit und Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern sich nur nach dem öffentlichen Recht des betreffenden Staates bestimmen kann.

[6] Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie vgl. Savigny II §. 83, Puchta §. 120, Sintenis I S. 99, Arndts §. 33, Böcking Grundr. I §. 24. 32, Seuffert §. 49 Anm. 3, Gerber deutsch. Privatr. §. 39; Mittermaier deutsch. Privatr. I §. 101, Beseler deutsch. Privatr. §. 62; Eichhorn Einleit. in das deutsch. Privatr. §. 87; Heffter Strafrecht §. 175; Marezoll a. a. O. S. 343 fg., Kierulff S. 101 fg., Vangerow I. §. 52 Anm.

* Glück XXIII S. 153 fg. Böcking I §. 49—56, Brinz §. 11—14, Sintenis III §. 138.

§. 56a. [1] Cognatio, näher cognatio naturalis, im Gegensatz der cognatio civilis oder legitima, von welcher letzteren unten in diesem §. die Rede sein wird.

[2] Vgl. l. 1 §. 1 D. unde cogn. 38. 8.

[3] Die deutschen Ausdrücke geben unmittelbar wieder die quellenmäßigen lateinischen: ascendentes, descendentes, cognati qui a latere veniunt, cognatio in linea recta, cognatio quae ex transverso — a latere numeratur,

Graden, d. h. durch die Anzahl der Zeugungen oder Geburten, welche zwischen den beiden betreffenden Personen liegen[4]. Die Verwandtschaft kann auch eine mehrfache sein, d. h. zwei Personen können in mehrfacher Weise durch Zeugung oder Geburt unter einander oder jede mit einer dritten Person verbunden sein[5]. Die Seitenverwandtschaft ist eine vollbürtige oder halbbürtige, je nach dem das Verbindende ein Paar, oder nur Mann bez. Frau ist[6]. — Eine Verwandtschaft kann auch in künstlicher Weise hervorgebracht werden, durch Annahme an Kindesstatt (Adoption); das Nähere hierüber in der Lehre von der Adoption[7]. —

Außer der hier dargestellten Verwandtschaft kennt das römische Recht noch eine ganz andere, unter dem Namen der Agnation. Dieselbe beruht nicht auf der Gemeinschaft des Blutes, sondern

---

pr. I. de grad. cogn. 3. 6, l. 10 §. 9 D. de grad. 38. 10, l. 68 D. de R. N. 23. 2. Andere Bezeichnungen für die Ascendenten und Descendenten sind „parentes" und „liberi", vgl. l. 1 pr. D. de grad. 38. 10, l. 51. 220 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 4 §. 2 D. de in ius voc. 2. 4.

[4] L. 10 §. 9. 10 D. de grad. 38. 10. — Das canonische Recht hat ein anderes Princip der Zählung; es zählt nach Generationen. Zu einem abweichenden Resultate führt aber dieses Princip bloß bei der Seitenverwandtschaft; hier zählt das canonische Recht nur die eine Seite.

[5] Das Kind von Geschwisterkindern ist mit den Urgroßältern durch die väterliche, wie durch die mütterliche Linie verwandt; Kinder von zwei Brüdern, welche zwei Schwestern geheirathet haben, sind mit einander sowohl von der väterlichen als von der mütterlichen Seite verwandt. Ganz besondere Fälle der mehrfachen Verwandtschaft in l. 10 §. 14 D. de grad. 38. 10. Vgl. über die mehrfache Verwandtschaft Hugo civil. Magazin IV. 7. 16 (1812. 1813).

[6] Fratres, sorores ex utroque parente, ex uno parente coniuncti. Die Ausdrücke consanguinei und uterini bezeichnen Geschwister, welche den Vater bez. die Mutter gemein haben, ohne daß damit gleichzeitige Gemeinschaft der Mutter bez. des Vaters geleugnet würde. Germani sind leibliche Geschwister, gleichgültig ob sie durch Vater und Mutter, oder nur durch eine dieser Personen verbunden sind. Ueber „das Verhältniß der Vollbürtigkeit zu der mehrfachen Verwandtschaft" s. den Aufsatz von Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 2 (1841).

[7] S. II §. 524. Den adoptirten Kindern gegenüber heißen die leiblichen liberi naturales. — Als Ehehinderniß kommt auch das durch die Taufpathenschaft begründete Verhältniß (s. g. cognatio spiritualis) in Betracht, schon nach römischem Recht (l. 26 i. f. C. de nupt. 5. 4), in noch umfassenderem Maße nach canonischem.

auf der Gemeinschaft des Hauses (der familia), näher der väterlichen Gewalt. Agnaten sind diejenigen, welche unter derselben väterlichen Gewalt stehen, oder gestanden haben, oder stehen würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Agnation kann nur durch Zeugung begründet werden, nicht durch Geburt; in ganz gleicher Weise aber wie durch Zeugung wird sie auch durch Adoption begründet; umgekehrt wird durch künstliche Beendigung der väterlichen Gewalt auch die durch Zeugung begründete Agnation aufgehoben[8]. Dieser Begriff der Agnation ist aber für das heutige römische Recht nur noch von verschwindender Bedeutung[9]. Der deutschrechtliche Begriff der Agnation ist ein ganz anderer; Agnation im deutschrechtlichen Sinne ist Blutsverwandtschaft durch Mannesstamm, und zwar mit Beschränkung auf die männlichen Verwandten. —

Neben der Verwandtschaft ist noch die Schwägerschaft zu nennen. Die Schwägerschaft setzt sich zusammen aus Verwandtschaft und Ehe; verschwägert ist Jemand mit den Verwandten seines Ehegatten, und mit den Ehegatten seiner Verwandten[10].

§. 56b.

Unter den Thatsachen, auf welchen die Verwandtschaft beruht, ist eine, deren Beweis nicht bloß schwierig, sondern geradezu unmöglich ist; das ist die Zeugung. Für Kinder aber, welche in einer Ehe concipirt sind, ersetzt das Recht diesen Beweis durch eine Präsumtion, die Präsumtion, daß das Kind von dem Ehe-

[8] Die Legaldefinition, daß agnati die cognati durch Mannesstamm seien (Gai. I. 156. III. 10, §. 1 I. de leg. agn. tut. 1. 15, §. 1. I. de leg. agn. succ. 3. 2), ist zu eng und zu weit. Den letzten Fehler vermeidet Ulp. XI. 4. XXVI. 1, indem er hinzusetzt „eiusdem familiae".

[9] Daß er im Justinianischen Rechte seine Bedeutung ganz verloren habe, darf nicht behauptet werden, s. l. 8 §. 2 C. de codic. 6. 36, II §. 524 Note 6, [III §. 631 Note 13,] und vgl. v. Buchholtz Abhandlungen S. 96—105.

[10] L. 4 §. 3 D. de grad. 38. 10. Die Sprache des Lebens bezeichnet die Schwägerschaft theilweise als Stiefverwandtschaft. — Auch die Ehegatten selbst werden affines genannt, ja selbst auf die Brautleute wird diese Bezeichnung ausgedehnt. Vat Fr. 218. 302, l. 8 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 38 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 15 C. de don. a. n. 5. 3, l. 5 C. de her. iust. 6. 24. Vgl. W. Sell Arch. f. civ. Pr. XXII. 9 (1839).

manne der Mutter erzeugt sei[1], wobei jedoch der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen ist[2]. Die Zeit der Conception wird durch Zurückrechnung von der Zeit der Geburt gefunden, und zwar ist die juristische Regel die, daß wenistens 182 Tage zurückgerechnet werden müssen, und höchstens 10 Monate zurückgerechnet werden dürfen[3]. — Für Kinder, welche nicht in einer Ehe concipirt worden sind, bleibt es dabei, daß sie die Erzeugung durch einen bestimmten Mann nicht nachweisen können; sie haben daher keinen Vater und keine väterliche Verwandtschaft[4]. Jedoch ist zu bemerken, daß nach der Vorschrift des canonischen Rechts die Ungültigkeit der Ehe den Kindern nicht schadet, wenn die Ungültigkeit den Ehegatten oder wenigstens einem derselben unbekannt war[5].

---

[1] — „pater . . is est, quem nuptiae demonstrant", l. 5 D. de in ius voc. 2. 4. §. 56b.

[2] Dieser Beweis muß auf die Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann gerichtet werden; er kann nicht etwa dadurch erbracht werden, daß nachgewiesen wird, daß die Ehefrau auch mit einem anderen Manne geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. L. 11 §. 9 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 29 §. 1 D. de prob. 22. 3, l. 6 D. de his qui sui 1. 6. Seuff. Arch. I. 162, II. 254, VIII. 229, [X. 267,] XII. 36, [XIX. 9; II. 186, V. 176, XX. 198]. S. auch Note 3 a. E.

[3] L. 12 D. de statu hom. 1. 5, l. 3 §. 11. 12 D. de suis 38. 16. Die Frist von 182 Tagen beruht auf l. 3 §. 12 cit., während l. 12 cit. sagt, daß ein im 7. Monate der Ehe, also am 181. Tage, geborenes Kind, ein eheliches sei. Man ist darüber einverstanden, daß Letzteres nur ein ungenauer Ausdruck ist (vgl. Savigny IV §. 181. h, Böcking I §. 121 Note 18). Auch die Praxis hält constant an der Frist von 182 Tagen fest. Vgl. Seuff. Arch. I. 161. 163. II. 254, V. 175, VIII. 229, X. 170, XI. 10. 11, XII. 36, XIII. 123, XV. 98. — Ueber die Berechnung der Frist s. Blätter f. RAnwendung zunächst in Bayern XXX. 17. 18; Seuff. Arch. V. 175, XII. 36. — Darf aus dem Grade der Reife des Kindes ein Gegengrund gegen die Anwendung der gesetzlichen Regel hergenommen werden? Nein: Seuff. Arch. I. 161, VIII. 229, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 109, Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 70 [(Seuff. Arch. XXI. 199)], Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 77; ja: Seuff. Arch. VI. 210 a. E., XI. 11, XII. 161, [XX. 9, XXI. 8. 9,] vgl. auch IX. 224. S. über diese Frage auch Wächter de partu vivo non vitali (§. 52 Note 8) §. 5—8. [Stintzing Jahrb. f. Dogm. IX. 5 (1868).] — Vgl. noch II §. 475 Note 17.

[4] §. 12 I. de nupt. 1. 10, l. 23 D. de statu hom. 1. 5.

[5] Man spricht in diesem Falle von einer putativen Ehe. C. 2. 8. 14. 15 X. qui filii sint leg. 4. 17.

Eine Mutter und mütterliche Verwandtschaft haben uneheliche Kinder, wie eheliche[6], und durch Legitimation können sie auch einen Vater und väterliche Verwandtschaft gewinnen[7].

III. Die juristische Person*.

A. Begriff und Arten.

§. 57.

Eine juristiche Person ist eine nicht wirklich existirende, sondern nur vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlicheiten behandelt wird (§. 49).

Nicht alle Rechtsverhältnisse aber können mit einer juristischen Person als ihrem Subjecte in Verbindung gebracht werden. Es ist das nicht möglich bei denjenigen, welche eine menschliche Existenz zur Grundlage haben, d. h. bei den Familienverhältnissen. So ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf das Vermögensrecht beschränkt[1].

---

[6] L. 4 §. 3 l. 5 D. de in ius voc. 2. 4, l. 4 D. unde cogn. 38. 8.

[7] Das Nähere über die Legitimation im Familienrechte (II §. 522). — Der Legitimation steht die bloße Anerkennung nicht gleich (vgl. Bähr Anerkennung S. 186 fg.; a. M. ohne genügenden Beweis Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 184, vgl. II §. 522 Note 7), obgleich sie für das Verhältniß des Anerkennenden zu dem Kinde nicht ohne Bedeutung ist. Das spätere römische Recht behandelt nämlich die von einem Manne im Concubinate erzeugten Kinder (liberi naturales in diesem Sinne, vgl. §. 56a Note 7) in einzelnen Beziehungen als seine Kinder; dieß hat die deutsche Praxis auf die unehelichen Kinder überhaupt, ihre Anerkennung vorausgesetzt, übertragen. — Uebrigens erfordert die Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht, daß das uneheliche Kind zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits geboren war. Daher ist jedes in der Ehe, gleichgültig binnen welcher Frist nach Eingehung derselben, geborene Kind ein eheliches, wenn es nur vom Ehemanne anerkannt ist. L. 11 C. de lib. nat. 5. 17, Nov. 89 c. 8 §. 1. Seuff. Arch. I. 163, XI. 10.

* Savigny II §. 85—102. Puchta Rechtslexicon III S. 65 fg. (kleine Schriften Nr. 28). Pfeifer die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und würtemb. R. (1847). Böcking I §. 62—66, Unger I §. 42—44, Sintenis I §. 15. S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler §. 66—72, Bluntschli §. 33—45, Gerber §. 49—57. [Jetzt namentlich: Brinz Lehrb. der Pandekten S. 979—1150.]

§. 57. [1] D. h. die privatrechtliche Rechtsfähigkeit, welche hier allein in Betracht kommt. Juristische Personen können aber auch Träger von Gewalten und

Als juristische Personen kommen in unserem Rechte folgende vor.

1. Mehrheiten von physischen Personen. Wie Sachen und Rechte (§. 42 Note 2), so können auch Personen in der Weise zusammengefaßt werden, daß sie in ihrer Zusammenfassung als eine neue, von den einzelnen zusammengefaßten Personen verschiedene und ihnen gegenüber selbständige Existenz, als ein Personenganzes (Personengesammtheit)[2], erscheinen. Regelmäßig ist die zusammengefaßte Mehrheit eine zugleich gleichzeitige und successive, so namentlich, wenn Personen-Vereinigungen zu juristischen Personen zusammengefaßt werden, wobei dann die Vereinigung noch entweder ein mehr natürliches Dasein haben kann, oder mehr ein auf menschlicher Willkür beruhendes[2a]. Wesentlich ist es jedoch nicht, daß die zusammengefaßte Mehrheit zugleich eine gleichzeitige sei; auch eine nur successive Mehrheit kann als juristische Person gedacht werden, so z. B. die Gesammtheit der successiven Inhaber eines Amtes[3]. Die heutzutage gebräuchliche Bezeichnung für eine solche aus einer Mehrheit von

---

Befugnissen sein, welche dem öffentlichen Recht angehören. Für das öffentliche Recht ist der Begriff der juristischen Person nicht minder wichtig, als für das Privatrecht.

[2] Als eine universitas. Es ist eine Eigenthümlichkeit aller universitates, daß ihre Identität von dem Wechsel ihrer Theile unabhängig ist. L. 7 §. 2. D. quod cuiusque univ. nom. 3. 4. „In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem (l. *iidem*) maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint“. L. 76 D. de iud. 5. 1.

[2a] Beispiele: Gemeinden; Zünfte; Gesellschaften zu gemeinnützigen, wissenschaftlichen, künstlerischen, Handels-, Industrie- 2c. Zwecken. — Ueber die römische societas publicanorum vgl. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 166—183, Roesler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 274—300, Salkowski (§. 58 Note 3) S. 29—45, Kuntze krit. VJSchr. VI S. 60. 61. Letzterer behauptet, diese societates seien regelmäßig juristische Personen nicht gewesen.

[3] Wenn Jemand ein Vermögensstück in der Weise aussetzt, daß der Genuß desselben den successiven Inhabern eines Amtes zu Gute kommen soll, so ist das Subject dieses Vermögensstückes nicht der jedesmalige einzelne Beamte, welcher es genießt, sondern die ideale Einheit aller Beamten, wenn man nicht, was allerdings auch möglich ist, den Gesichtspunkt der Stiftung will eintreten lassen (s. diesen §. a. E.). Natürlich ist es nicht anders, wenn das Amt von einer gleichzeitigen Mehrheit von Personen verwaltet wird. Dieß darf man nun freilich nicht so ausdrücken: auch die Aemter seien zu den juristischen

physischen Personen bestehende juristische Person ist Corporation[4]; doch wird dieser Ausdruck nicht gerne da gebraucht, wo die Mehrheit der zusammengefaßten Personen nur eine successive ist.

2. Anstalten zur Verfolgung frommer oder sonst gemeinnütziger Zwecke, Armenhäuser, Hospitäler, Schulen u. s. w.[5]. Hierher gehört es auch, wenn von einer Kirche als Vermögenssubject gesprochen wird; unter Kirche wird hier eine zur Verfol-

---

Personen zu rechnen. Man würde dadurch die Vorstellung erwecken, daß es möglich sei, Vermögen mit einem Amte als seinem Subjecte in der Weise in Verbindung zu bringen, daß es zu den Zwecken dieses Amtes verwendet werden müßte. Das Subject eines mit dieser letzteren Bestimmung ausgesetzten Vermögensstückes würde nicht das Amt sein, sondern der Staat, welchem gegenüber das einzelne Amt keine selbständige Existenz hat. — Zum Beweise des eben Gesagten darf man sich allerdings nicht auf l. 25 D. ad mun. 50. 1, und noch viel weniger auf l. 9. §. 8 D. de admin. rer. 50. 8 und l. 56 D. de leg. II° 31 berufen. Vgl. über diese Frage Heise Grundriß S. 25, Böcking I S. 233. 234, Seuffert §. 54; und auf der anderen Seite Kierulff S. 130, Savigny II S. 237. 376. 379, Puchta §. 27. 1, Sintenis I §. 15 Note 7, Vangerow I S. 93, Unger I S. 325—327. [Seuff. Arch. XXII. 211. 246.]

[4] Der Ausdruck corporatio findet sich in Nov. Severi tit. II; von corporati ist die Rede in l. 5 D. de commerc. 4. 63, rubr. und l. un. C. de priv. corporat. 11. 14. Der dem klassischen Sprachgebrauch angehörige Ausdruck corpus, welcher an und für sich ebenso allgemein ist, wie universitas, scheint nur auf die Corporationen, welche eine mehr willkürliche Existenz haben, also nicht auf die Gemeinden, bezogen zu werden. Ein entsprechender Ausdruck ist der Ausdruck collegium. Savigny II S. 260. 261. — Von den Corporationen handelt Pfeifer §. 12—41.

[5] In den Quellen des römischen Rechts werden nur Anstalten zu frommen Zwecken genannt (vgl. l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, l. 35. 46 C. de ep. et cler. 1. 3); daher der Ausdruck der Neueren pium corpus (die ältere Doctrin identificirte die Begriffe der juristischen Person und der Corporation, Glück II S. 162, Höpfner Comment. zu den Instit. S. 82, vgl. Roth in Jahrb. f. Dogm. I S. 189), oder pia causa. — Es ist — auch für das heutige Recht, oder wenigstens für das römische und canonische — die juristische Persönlichkeit der piae causae ganz geleugnet und die Behauptung aufgestellt worden, das wahre Subject des ihnen zugewendeten Vermögens sei die betreffende Kirche oder weltliche Gemeinde. Roßhirt Arch. f. civ. Pr. X S. 321—325 (1827), Fritz Erläuter. I S. 153, vgl. Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 190—201. Diese Ansicht „beruht auf einer Verwechselung der Verwaltungs- mit der Existenzfrage", Puchta §. 27. k; vgl. außerdem Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XL S. 79 fg., Kierulff S. 148—150, Savigny II S. 271, Vangerow I §. 60 Anm.

gung eines religiösen Zweckes errichtete Anstalt verstanden. Andererseits freilich kann als Subject des Kirchenvermögens auch die Kirchengemeinde, also eine Corporation, gedacht werden[6].

3. Vermögensinbegriffe. Als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten wird das Vermögen selbst gedacht, zu welchem sie gehören. Dieß ist z. B. der Fall bei der ruhenden Erbschaft (§. 49 zu Note 1). Es ist ferner aber auch der Fall beim Fiscus; denn Fiscus bedeutet seiner Wortbedeutung nach die Staatskasse[7]. Indem also der Fiscus als juristische Person behandelt wird, wird personificirt nicht die Gesammtheit der zum Staate vereinigten Individuen, sondern das Staatsvermögen. Derselbe Gesichtspunkt liegt aber endlich auch zu Grunde, wenn von Stiftungen als juristischen Personen geredet wird. Denn unter Stiftung läßt sich nur verstehen das zu einem bestimmten Zweck gestiftete Vermögen. Wenn die Verfolgung des Stiftungszweckes sich in einer Anstalt verkörpert — was nicht nöthig ist[8] — so concurrirt mit der Personificirung des Vermögens die Personificirung der Anstalt[9].

Aus dem Gesagten ergibt sich der wichtige Satz, daß eine und dieselbe juristische Person unter verschiedenen Gestalten erscheinen kann. Ob man sagt der Staat, oder der Fiscus, Kirche oder Kirchengemeinde, Anstalt oder Stiftung, Familienstiftung oder Familie, ist gleich; man meint dieselbe Person, obgleich man Verschiedenes personificirt. Es kann daher das in der juristischen Person Personificirte, ihre Unterlage, ihr Substrat, für ihr Wesen nicht bestimmend sein. Vielmehr wird, wenn auf das Wesen gesehen wird, folgendermaßen zu unterscheiden sein. Es handelt sich von einem Vermögen,

1) welches bestimmt ist, zur Erreichung eines gewissen Zweckes verwendet zu werden. Dieser Zweck kann ein gemeinnütziger sein,

---

[6] Savigny II S. 265—267.

[7] Savigny II S. 272—274.

[8] Z. B. bei der Familienstiftung. Es soll der Genuß eines Vermögens den Gliedern einer Familie nach einer gewissen näheren Bestimmung zu Gute kommen.

[9] Von Stiftungen handelt Pfeifer §. 42—48, ferner Roth Jahrb. f. Dogm. I. 4 (1857).

wie bei dem Fiscus, den Gemeinden, gemeinnützigen Anstalten und Vereinigungen, er kann aber auch auf den Vortheil (Vermögens- oder sonstigen Vortheil) der die juristische Person bildenden Individuen gerichtet sein, so bei den Actienvereinen, Lesegesellschaften, Kunstvereinen, Vereinen zu geselligen Zwecken ꝛc. ꝛc. — Oder es handelt sich von einem Vermögen,

2) welches zum Genusse[10] gewisser Personen bestimmt ist, so bei den Familienstiftungen[11], Stipendienstiftungen, der deutschen Realgemeinde, oder

3) von einem Vermögen, welches in gewöhnlicher Weise für eine Person bestimmt ist, die es aber noch nicht erworben hat, wie bei der ruhenden Erbschaft.

---

[10] Welches zum Genusse gewisser Personen bestimmt ist. Dieß setzt voraus, daß nicht nur die Einzelnen, welche zum Genusse gelangen, nicht über die Substanz des Vermögens verfügen können, sondern das Vermögen auch im Uebrigen in seinem rechtlichen Bestande von den Ereignissen, welche den jeweiligen Inhaber betreffen, unabhängig ist. Ist dieß nicht der Fall, so ist kein Grund vorhanden, ein anderes Subject des Vermögens anzunehmen, als den jeweiligen Inhaber des Vermögens. — Der hier aufgestellte Gesichtspunkt ist auch entscheidend für die Streitfrage, ob als Subject der Grunddienstbarkeit der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, oder das Grundstück selbst anzusehen, letzteres also als juristische Person zu denken sei. Man muß sich für die erstere Alternative entscheiden, weil jeder Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit ganz in derselben Weise hat, als wenn vor und nach ihm kein Anderer stände, was sich namentlich auch im Falle der Confusion zeigt. Vgl. über diese Streitfrage Heise Grundr. S. 25, Böcking I S. 231. II S. 212; Savigny II S. 379. 380, Puchta §. 27. l. a. E., Vangerow I §. 53 Anm., Sintenis I §. 15 Note 10, Arndts §. 41 Anm. 5, Elvers die römische Servitutenlehre S. 93 fg. Arndts macht gegenüber der Ausdrucksweise der Quellen: praedio servitus debetur und Aehnlichem darauf aufmerksam, daß es auch heißt: „pecori debetur appulsus" (l. 1 §. 18 D. de aqua 43. 20) und: „ager itineri servit" l. 13 § 1 D. de S. P. R. 8. 3). Man kann auch den servus poenae hinzufügen. Vgl. auch noch §. 201 Note 6 und Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 130. — Uebrigens liegt auf der Hand, daß man auch von dem zum Genusse gewisser Personen bestimmten Vermögen sagen kann, es diene einem Zwecke. In diesem Sinne ist bei der Darstellung in §. 49 zwischen Nr. 1 und Nr. 2 nicht unterschieden worden.

[11] Pözl Zeitschr. f. deutsches R. XVI. 7 (1856); Gerber Jahrb. f. Dogm. II. 7 (1858).

B. Rechtsverhältniß.

1. Die juristische Person als Rechtssubject.

§. 58.

Juristische Personen können Subjecte von (Vermögens-) Rechten und Verbindlichkeiten sein und werden, wie natürliche. Daraus folgt jedoch nicht, daß die juristischen Personen in allen Stücken den natürlichen Personen ganz gleich behandelt werden müßten. Wie sich bei ihnen vielfach Privilegien geltend machen, namentlich beim Fiscus[1], so sind sie auf der anderen Seite auch wohl ungünstiger gestellt, als die natürlichen Personen[2].

Das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten ist die juristische Person als solche[2a], nicht also bei der Stiftung etwa die Einzelnen, denen das Stiftungsvermögen schließlich zu Gute kommt, und namentlich bei der Corporation nicht die Mitglieder derselben[3]. Von der anderen Seite ist es mit dem Begriffe der juristischen

---

[1] Eine Zusammenstellung von Privilegien juristischer Personen bei Sintenis I §. 15 Note 48. In Betreff des Fiscus speciell s. Holzschuher I §. 32 Nr. 2. §. 58.

[2] So können collegia, wenigstens nach römischem Recht, nicht zu Erben eingesetzt werden, l. 8 C. de her. inst. 6. 24. Persönliche Dienstbarkeiten, welche an und für sich ein physisch existirendes Subject voraussetzen, sind den übrigen juristischen Personen auf künstlichem Wege zugänglich gemacht worden, nicht so auch der ruhenden Erbschaft, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Die vielbesprochene l. 10. de I. F. 49. 14 sagt: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit", was jetzt Böcking (I §. 65 Note 9 u. §. 96 Note 21) nur von der Auslegung der Privilegien des Fiscus verstanden wissen will.

[2a] In Betreff des Fiscus ist zu bemerken, daß nicht etwa die verschiedenen fiscalischen Kassen als selbständige juristische Personen aufgefaßt werden dürfen, l. 2 C. de sol. 8. 43, l. 1 C. ne fisc. rem. 10. 5. Die l. 1 C. de comp. 4. 31, welche die Compensation mit einer Forderung verbietet, welche dem fiscalischen Schuldner gegen eine andere fiscalische Kasse zusteht, beruht auf administrativen Rücksichten. Vgl. Keller S. 66—68.

[3] L. 7 §. 1 quod cui. un. 3. 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent". Vgl. l. 6 §. 1 D. de D. R. 1. 8, l. 1 §. 7 D. de quaest. 48. 18, l. 10 §. 4 D. de in ius voc. 2. 4, l. 18 C. Th de naviculariis 13. 5. Wenn mehrere Personen als solche an einem Rechtsverhältniß betheiligt sind, so spricht man von

Person wohl verträglich, daß den Mitgliedern einer Corporation an dem Corporationsvermögen Rechte zustehen, z. B. an den Sachen der Corporation Dienstbarkeiten oder andere Genußrechte; es ist das ganz in derselben Weise zulässig, wie es zulässig ist, daß ein Mensch an dem Vermögen eines anderen Menschen Recht habe[4]. Auch das thut dem Begriffe der juristischen Person keinen Eintrag, daß das Vermögen der Corporation lediglich dazu da ist, um von den Mitgliedern der Corporation nach Maßgabe der ihnen an demselben zustehenden Rechte genossen zu werden, wie z. B. bei der deutschen Realgemeinde; selbst das nicht, daß das Vermögen der Corporation unter die einzelnen Mitglieder seinem Werthe nach vertheilt ist, wie bei den modernen Actiengesellschaften. Es liegen in diesem Falle besonders geeigenschaftete Corporationen vor; aber der Begriff der Corporation (juristischen Person) ist nicht alterirt[5].

---

einer communio, und wo die Gemeinschaft durch Vertrag begründet ist, von einer societas. In nicht technischem Sinne wird jedoch der Ausdruck societas, ganz wie der entsprechende deutsche Ausdruck Gesellschaft, auch zur Bezeichnung eigentlicher juristischer Personen gebraucht, l. 1 pr. §. 1 D. quod cui. un. 3. 4, l. 3 §. 4 D. de B. P. 37. 1, l. 31 § 1 D. de furtis 47. 2, — societas publicanorum, Actiengesellschaft. — Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen (1863) sucht auszuführen, daß allerdings die einzelnen Corporationsglieder das Rechtssubject seien, aber nur in ihrer Eigenschaft als Corporationsglieder, so daß freilich für den äußeren praktischen Erfolg die Corporation, d. h. die gedachte Einheit der Corporationsglieder, als Rechtssubject erscheine. Aehnlich Baron die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. R. (1864) §. 1. S. dawider §. 59 Note 3a, ferner Laband Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 181—184, Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 10. 11, A. Pernice krit. VJSchr. VII S. 107 fg. Ueber Ihering's Auffassung s. §. 49 Note 2 a. E.

4 Vgl. R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 160 fg., Unger krit. Uebersch. VI S. 171—176. Von einer Obligation der Corporation gegen ihre Mitglieder spricht l. 1 §. 15 D. ad SC. Treb. 36. 1, von einem Processe zwischen beiden l. 9 D. quod cui. univ. 3. 4.

5 Es sind noch immer nicht die Einzelnen Vermögenssubjecte, sondern Vermögenssubject ist etwas Anderes außer ihnen, ihre Gesammtheit, ihre gedachte Einheit, — wenn man nicht sagen will, was auf dasselbe hinauskommt, daß das Vermögen als subjectloses bestehe. Dieß ist selbst in dem Falle wahr, wo das Corporationsvermögen von den Nutzungsrechten der Mitglieder ganz absorbirt wird; man wird nie z. B. das Eigenthumsrecht durch Zusammen-

2. Handlungen der juristischen Person.

§. 59.

Von Handlungen kann bei einer juristischen Person, da sie kein Mensch ist, an und für sich nicht die Rede sein[1]. Sie gewinnt Handlungsfähigkeit nur dadurch, daß das Recht den Handlungen gewisser Menschen dieselbe Bedeutung beilegt, als wären

---

rechnung der einzelnen Befugnisse, welche es gewährt, darstellen können, eben weil es etwas Anderes ist, als die Summe, das Aggregat, dieser Befugnisse (§. 167, §. 169a Note 8). Vgl. Seuff. Archiv. XIII. 124. In dem Falle, wo ein Vermögen zwischen mehreren Personen seinem Werthe nach vertheilt ist, wird man unterscheiden müssen. Ist, wie bei der Actiengesellschaft, der Antheil eines Jeden in Geld ausgedrückt, so versteht es sich von selbst, daß die Einzelnen an dem Vermögen selbst keinen Antheil haben; denn dieses Vermögen (die Rechte und Verbindlichkeiten, aus denen es besteht) ist etwas Anderes, als Geld. Die Einzelnen haben gegen das wahre Vermögenssubject (die Actiengesellschaft) Forderungsrechte (so auch H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 17 fg. und die das. Genannten, während Kuntze Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 28. 225. 235, krit. VJSchr. VI S. 78 dem Actionär ein „ius in bonis" zuschreibt). Sind dagegen die Antheile der Genossen als Bruchtheile des Vermögens selbst ausgedrückt, so liegt eine wahre Gemeinschaft vor. Jedoch wird man auch in diesem letzteren Falle zusehen müssen, ob nicht dennoch als eigentlicher Gegenstand des Antheils nicht sowohl das Vermögen selbst, als vielmehr sein Geldwerth zu denken sei, wie das z. B. bei den Gewerkschaften zum gemeinschaftlichen Betriebe des Bergbaues das Richtige sein möchte. — Die Meinung, daß in diesen Fällen eine Umgestaltung des Begriffes der universitas, eine Vermittelung zwischen universitas und communio, vorliege, ist namentlich von Beseler vertreten worden (Erbverträge I S. 73—88 [1835]. Volksrecht und Juristenrecht Kap. VI [1843]. deutsch. Privatr. §. 68. 71. 83); vgl. außerdem Bluntschli Staats- u. RGesch. v. Zürich I S. 82 u. deutsch. Privatr. §. 33. 38. 39, Weiske pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. R. III S. 144 fg., und dagegen: Thöl Volksrecht ꝛc. S. 18—62, R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 8 (1853), Gerber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 7 (1855), Unger krit. Ueberschau VI S. 171 fg. Entschiedener noch aber als dieser Ansicht ist derjenigen entgegenzutreten, welche den Actiengesellschaften, so wie den sonstigen heut zu Tage so häufigen Vereinigungen zu privaten und öffentlichen Zwecken, Lesegesellschaften, Kunstvereinen, Clubs, Missionsvereinen ꝛc. mit dem, nur durch Vertrag (bloß in Betreff des Ausschlusses der Theilungsklage wird ein abänderndes Gewohnheitsrecht angenommen) modificirten Recht der societas glaubt gerecht werden zu können, so nam. Gerber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 202—205, Thöl Handelsr. I §. 44—47, R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 184 fg. S. dagegen Schüler in Jur.

sie Handlungen der juristischen Person[1a]. Darüber, welche Personen befugt sind, mit dieser Wirkung für die juristische Person zu handeln, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Bei dem Fiscus entscheidet darüber die Verfassung und Verwaltungsorganisation des betreffenden Staates, bei den Stiftungen der Wille des Stifters, und ergänzend der Staat als obervormundschaftliche Behörde[2]. Bei den Corporationen ist zunächst auf ihre

---

Abhandl. u. Rechtsfälle von Ortloff rc. I S. 246 fg., Unger österreich. Pr. R. I S. 330. 331 u. krit. Ueberschau VI S. 181 fg., Renaud das Recht der Actiengesellschaften S. 102 fg., Kuntze krit. VJSchr. VI S. 64—66, H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 2. 3. [Seuff. Arch. XX. 200. 201, vgl. XXI. 96.] Ueber den von Anderen aufgestellten Begriff von s. g. Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit (Gesellschaft nach innen, juristische Person nach außen) s. Unger krit. Ueberschau VI S. 180. 181, Renaud a. a. O. S. 115 fg.; der Gedanke ist neuerlich wieder aufgenommen worden von Salkowski in der in Note 3 citirten Schrift und von Gerber deutsch. Privatr. §. 198 seit der 8. Aufl., vgl. Kuntze a. a. O. S. 66. 67; ähnlich auch Bekker Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 557 fg. (nur daß dieser Schriftsteller statt von „juristischer Person" von „Zweckvermögen" redet), und vgl. auch Ihering Geist d. röm. R. III S. 330 fg. (§. 49 Note 2 a. E.). Ueber die Actiengesellschaften im Besonderen ist die neueste und umfassendste Schrift die oben citirte von Renaud (1863); dazu Kuntze krit. VJSchr. VI S. 53 fg. und H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 1 fg. (welche beide letzteren Schriftsteller die Actienvereine zwar zu den juristischen Personen, aber nicht zu den Corporationen rechnen); s. ferner die Aufsätze von Treitschke Zeitschr. f. deutsch. R. V. 11, Jolly das. XI. 10, Reyscher das. XIII. 11, Fick Zeitschr. f. Handelsr. V. 1. Ueber die offene Handelsgesellschaft s. II §. 407, Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 25 fg.

§. 59. [1] Diesen Sinn hat es, wenn es in l. 1 §. 22 D. de A. v. A. P. 41. 2 heißt: „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi (d. h. als Gesammtheit) consentire non possunt". Vgl. Ulp. XXII. 5, l. un. §. 1 D. de lib. univ. 38. 3.

[1a] Beseler deutsch. Privatr. §. 69, Bluntschli deutsch. Privatr. § 34, Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 1 schreiben in verschiedenen Wendungen der Corporation natürliche Willensfähigkeit zu; sie bedürfe nur eines Organs, um ihren Willen auszusprechen. Es ist dieß eine unrichtige Consequenz aus der sehr richtigen Erwägung, daß die Corporation, d. h. die Zusammenfassung Einzelner zur Einheit, das Product der „natürlichen Kraft menschlicher Triebe", und insofern etwas Natürliches, nichts willkürlich Gemachtes ist. Bei Baron mischt sich auch die §. 58 Note 3 bezeichnete Auffassung hinein.

[2] Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 215—218, vgl. aber auch Gerber das. II S. 353 fg.

Verfassung zu sehen, welche auf Gesetz, Autonomie (Statut), Herkommen (Observanz) beruhen kann. Hat die Corporation eine genügend ausgebildete Verfassung nicht[3], so bleibt nichts anderes übrig, als den Willen der Corporationsglieder als den Willen der Corporation anzusehen[3a], wobei die auf gehörige Ladung nicht Erschienenen nicht mit gerechnet werden[4]. Bei Meinungsverschiedenheit entscheidet die Majorität; wollte man dieß nicht annehmen, so wäre in den meisten Fällen ein Corporationswille gar nicht herzustellen[5]. Einstimmigkeit ist nur erforderlich bei Beschlüssen, welche über den Corporationszweck hinausgehen; in Beschlüssen dieser Art handelt nicht die Corporation als solche, sondern es liegt in ihnen ein neuer constituirender Act der Corporationsmitglieder[5a]. Und auch Einstimmigkeit reicht zu Beschlüssen dieser Art in dem Falle nicht hin, wo die Corporation nicht lediglich im Privatinteresse ihrer Mitglieder besteht; sobald das öffentliche Interesse bei derselben betheiligt ist, ist die Gültigkeit auch des Einstimmigkeitsbeschlusses an die Staatsgenehmigung gebunden. In gleicher

---

[3] Darauf bezieht sich die (nicht quellenmäßige) Eintheilung in universitates ordinatae und inordinatae.

[3a] Die Corporationsglieder als Vertreter des Corporationszweckes sind die berufenen Hersteller des dem Corporationszwecke entsprechenden Willens. — Salkowski (§. 58 Note 3) behauptet, es sei eine „absolute logische Consequenz", daß der Wille der Corporationsglieder als Wille der Corporation zu gelten habe. Aber ich kann in dem Satz: das Rechtssubject sind die Corporationsglieder in dieser ihrer Eigenschaft, nichts entdecken, als einen andern Ausdruck des Satzes, daß die Corporationsglieder Rechtssubject sind gedacht als etwas was sie nicht sind, als ihre Einheit, und der Wille der Corporationsglieder ist eben ihr Wille, nicht aber der Wille dessen, als was sie gedacht sind. Derselbe Gedanke wie bei Salkowski, bei Sintenis §. 15 Note 49.

[4] Sie müssen angesehen werden, als hätten sie auf ihr Stimmrecht verzichtet. — Wie Viele erschienen sind, ist gleichgültig, so lange nicht eine besondere Vorschrift die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Mitgliedern verlangt. In den Quellen des römischen Rechts wird für die Gültigkeit eines Beschlusses des ordo decuriorum, der aber nicht die Stadtgemeinde ist, sondern sie nur vertritt, Anwesenheit von $^2/_3$ seiner Mitglieder verlangt, l. 2. 3 D. de decr. ab ord. fac. 50. 9, l. 46 C. de decur. 10. 31. Seuff. Arch. XIV. 200.

[5] Vgl. l. 19 D. ad munic. 50. 1, l. 160 §. 1 D. de R. I. 50. 17. [Seuff. Arch. XXI. 202.]

[5a] Vgl. HGB. Art. 215.

Weise kann auch da, wo es sich um ein Vermögen handelt, welches zum Genusse von successiv nach einem gewissen Determinationsmodus eintretenden Personen bestimmt ist, den jeweilig vorhandenen Genossen nicht die Befugniß zugestanden werden, die nach ihnen Berufenen durch Dispositionen über das vorhandene Vermögen des an sie fallenden Genusses zu berauben; solche Dispositionen können nur durch einen Act der Gesetzgebung zu rechtsbeständigen gemacht werden[6].

Die der juristischen Person künstlich gewährte Handlungsfähigkeit erstreckt sich nicht auf Delicte, d. h. wenn die zur Vertretung einer juristischen Person an und für sich Befugten, wenngleich in ihrer Eigenschaft als Vertreter, ein Delict begehen, so haben sie nicht das Recht, die Verantwortung für die von ihnen begangene That auf die juristische Person abzuwerfen. Dieser aus der Natur der Sache sich ergebende Grundsatz ist im römischen Rechte ausdrücklich anerkannt[7], zu anderen Zeiten aber nicht immer festgehalten worden[8].

C. Entstehung.

§. 60.

Die juristische Person existirt nicht in der Wirklichkeit, sondern nur in der Gedankenvorstellung. Aber diese Gedankenvorstellung hat zur Grundlage etwas Thatsächliches, an welches sie

---

[6] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Thibaut civil. Abhandl. Nr. 18 (1804. 1814), Gaudlitz s. Haubold de finibus inter ius singulorum et universitates regundis (1804; auch in Hauboldi opusc. vol. II p. 546—620, cf. p. LXIII—LXXIX), Kori in v. Langenn u. Kori Erörter. II. 1 (1830), Savigny II §. 96—99, Pfeifer §. 35. 36, Beseler deutsch. Privatr. §. 69.

[7] L. 15 §. 1 D. de dolo 4. 3, Nov. Maioriani tit. VII. §. 11 (ed. Haenel p. 320). L. 9 §. 1. 3. D. quod metus causa 4. 2 ist nicht von dem Anspruche gegen den Delinquenten, sondern von dem Anspruche gegen den Bereicherten (l. 9 §. 8 eod.) zu verstehen. Vgl. Schliemann Lehre vom Zwang S. 34 fg.

[8] C. 4 de censibus in VI⁰ 3. 20 (anders c. 5 de sent. excomm. in VI⁰ 3. 11), Auth. Frid. II. *Item nulla* und *Item quaecunque* C. de ep. et cler. 1. 3, Aurea bulla c. 15 §. 4, Landfriede von 1548 Tit. 2. 14. 29 §. 4, K. G. O. II. 10 §. 1. Vgl. überhaupt Savigny II §. 94. 95, Kierulff S. 135. 136, Vangerow I §. 55 Anm., Sintenis I § 15 Anm. 53.

sich anlehnt, ein real existirendes Substrat, welches eben in Gedanken zur Person erhoben wird. Sie entsteht also dadurch, daß ein juristisch personificirbares Substrat, eine Personenvereinigung, welche als solche Rechtssubject sein will, eine Anstalt, ein selbständiges Vermögen, zur concreten Existenz gelangt.

Vielfach wird aber behauptet, daß für die Entstehung gewisser juristischer Personen noch etwas Anderes erforderlich sei, nämlich, daß dem vorhandenen Substrat die Rechtsfähigkeit durch einen besonderen Act der Staatsgewalt verliehen werde. Man geht dabei von dem richtigen Satze aus, daß die Rechtsfähigkeit eines jeden Subjectes Anerkennung durch die Rechtsordnung voraussetze. Diese Anerkennung, gibt man zwar zu, könne möglicherweise auch in einer von der Rechtsordnung ein für alle Mal aufgestellten Regel enthalten sein; und so sei es bei der natürlichen Person (dem Menschen), bei dem Staate (dem Fiscus), den politischen und kirchlichen Gemeinden, der ruhenden Erbschaft. Dagegen wird nicht zugegeben, daß es sich nach gemeinem Rechte in derselben Weise auch mit den Anstalten und Stiftungen und den willkürlichen Personenvereinigungen verhalte; für diese, wird behauptet, müsse die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit in jedem einzelnen Fall von der Staatsgewalt eingeholt werden[1]. Diese Ansicht ist aber nicht zu

[1] Was die Stiftungen angeht, ist diese Frage namentlich bei Gelegenheit des Städel'schen Erbfalles verhandelt worden. Vgl. darüber Mühlenbruch in der Forts. von Glück XL S. 1 fg. und die dort citirten Schriften. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit erklären bei den Stiftungen für überflüssig: Elvers Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit jur. Personen S. 159 fg. (1827), Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung S. 93 fg. (1833), Puchta Pand. §. 28 u. krit. Jahrb. IV S. 705—712, Arndts Pand. §. 46 u. Rechtslexicon III S. 915. 916, Beseler deutsch. Privatr. §. 67. 72, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 45, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 139—146, Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 21 fg., vgl. auch Kierulff S. 150—152. Personenmehrheiten erkennen als juristische Personen auch ohne specielle Verleihung der Rechtsfähigkeit (Ertheilung von „Corporationsrechten") folgende Schriftsteller an: Beseler deutsch. Privatr. §. 67, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 34, Schüler in Jur. Abhandlungen u. Rechtsfälle von Ortloff ꝛc. I Nr. 5 §. 8, Unger krit. Ueberschau VI S. 148—156, Fitting krit. Vierteljahrschr. I S. 585. 586 und in der Schrift: die rechtlichen Verhältnisse am Stadtschießgraben (Halle 1866) S. 80 vgl. S. 83. 84, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV §. 60.

billigen. Allerdings findet sich im römischen Rechte die Regel, daß den bezeichneten Klassen der juristischen Personen auch ohne besondere Verleihung Rechtsfähigkeit zukomme, nicht ausdrücklich ausgesprochen; aber ausdrücklich ausgesprochen wird die Regel der Rechtsfähigkeit auch nicht für andere juristische, und nicht für die natürlichen Personen; sie wird hier, wie dort, vorausgesetzt[2]. Zu unterscheiden ist übrigens von der Verleihung der Rechtsfähigkeit die polizeiliche Ge-

---

S. 137. 139, Arndts §. 44, Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 17 fg. Ueber die entgegengesetzte Ansicht vgl. namentlich: Mühlenbruch a. a. O., Savigny II §. 89, Pfeifer §. 13—15. 44, Roth Jahrb. f. Dogm. I S 205 fg., Salkowski (§. 58 Note 3) S. 19 fg., Sintenis I S. 107—110, Vangerow I §. 60 Anm. a. E. Seuff. Arch. I. 314 S. 329; XIV. 199; XI. 9, XII. 58, XIII. 206, XVIII. 4. — Es lassen aber die Vertheidiger der hier zurückgewiesenen Meinung (wenigstens die meisten) auch stillschweigende Verleihung der juristischen Persönlichkeit zu, und finden dieselbe wohl gar in jeder staatlichen Genehmigung (s. den Text im Verfolg). — HGB. Art. 208 Abs. 1. „Actiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden".

[2] Die Ansicht, die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen sei etwas nicht Natürliches, und deßwegen reiche bei ihnen eine andere als ausdrückliche Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit nicht aus, ist in keiner Weise haltbar. Die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen beruht auf einer Vorstellung, welche dem Leben kaum weniger geläufig ist, als die Vorstellung von der Persönlichkeit des Menschen; und warum sollte das Recht die erstere nicht eben so einfach und ohne Weiteres acceptiren können, wie es dieß mit der letzteren unzweifelhaft thut? Vgl. auch §. 59 Note 1[a]. Daß aber das römische Recht es mit den Anstalten zu frommen Zwecken und den Personenvereinigungen wirklich in dieser Weise gehalten hat, wird man bei unbefangener Betrachtung der Quellen nicht leugnen können. Anstalten der genannten Art werden als Personen behandelt kraft ihrer bloßen Existenz, ohne daß das Erforderniß der Verleihung der juristischen Persönlichkeit irgendwie erwähnt würde, z. B. l 23 C. de ss. eccl. 1. 2, l. 35 C. de ep. et cler. 1. 3; ebensowenig wird es erwähnt in l. 46 C. de ep. et cler., wo gerade von der Begründung einer solchen Anstalt die Rede ist, und wenn letztere Stelle nicht glossirt ist, so wird man ihr wenigstens unterstützende Kraft nicht absprechen dürfen. Auch daran darf man keinen Anstoß nehmen, daß das römische Recht nur von Anstalten zu *frommen* Zwecken spricht; es spricht von anderen nicht deßwegen nicht, weil es sie als juristische Personen nicht hätte anerkennen wollen, sondern weil es andere nicht vorfand. Was die Corporationen angeht, so waren bei den Römern nicht alle Personenvereinigungen erlaubt; aber daß die erlaubten, um als Personen anerkannt zu werden, noch einer besonderen Verleihung der Rechtsfähigkeit bedurft hätten, davon findet

nehmigung, welche zur Bildung eines Vereins und zur selbständigen Verwendung eines gewissen Vermögens nach dem besonderen Recht des betreffenden Staates erforderlich sein kann. Und ferner ist es eine andere Frage, ob es sich nicht für die Gesetzgebung empfehle, wenigstens bei Personenvereinen die Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit an eine besondere Verleihung zu knüpfen. Dafür läßt sich sagen, daß es in einem gegebenen Falle sehr zweifelhaft sein kann, ob die zusammentretenden Personen als diese Einzelnen, oder als Vereinigung, d. h. eben als juristische Person, in Betracht kommen wollen, und doch es für die mit ihnen in Verkehr Tretenden von der äußersten Wichtigkeit ist, über diesen Punkt im Klaren zu sein.

Darüber, welche Zahl von Mitgliedern erforderlich sei, damit ein Personenverein als juristische Person in Betracht kommen könne, läßt sich aus der Natur der Sache eine allgemeine Regel nicht herleiten[3].

D. Ende.

§. 61.

Die juristische Person erreicht ihr Ende dadurch, daß ein juristisch personificirbares Substrat nicht mehr vorhanden ist. Aber auch ohne das erreicht sie ihr Ende dadurch, daß das vorhandene Substrat aufhört ein erlaubtes zu sein, so z. B. durch Zurücknahme der polizeilichen Genehmigung der Stiftung oder des Vereins, wo diese particularrechtlich erforderlich ist. Es ist dann für den Staat ein von ihm als tauglich anerkanntes Substrat der juristischen Person nicht mehr vorhanden. Mit der polizeilichen Genehmigung des Substrates ist aber auch hier nicht zu verwechseln die Verleihung der Rechtsfähigkeit an dasselbe; da die letztere zur Entstehung der juristischen Person nicht erforderlich ist, so darf man auch nicht sagen, daß durch Zurücknahme derselben die juristische Person ihre Endschaft erreicht[1].

---

sich keine Spur. S. l. 1 §. 1 D. quod cui. univ. 3. 4 (vgl. l. 1 pr. eod. u. l. 1—3 D. de colleg. 47. 22), l. 20 D. de reb. dub. 34. 5.

[3] Nach l. 85 D. de V. S. 50. 16 ist die Dreizahl erforderlich; aber diese Stelle will mehr einen Anhalt für die richterliche Beurtheilung, als eine absolute Vorschrift geben. Vgl. auch Arndts §. 44 Anm. 2.

[1] Durch einen Act der Gesetzgebung kann freilich wie Alles, so auch das §. 61.

Es ist aber noch näher zu bestimmen, was unter Wegfall des Substrates der juristischen Person zu verstehen ist. Das Substrat derselben darf nicht schon dann als weggefallen angesehen werden, wenn es in einem gegebenen Momente thatsächlich nicht vorhanden ist, sondern erst dann, wenn seine Wiedererneuerung ausgeschlossen ist[2]. So hört eine Stiftung nicht dadurch auf, als Person zu existiren, daß in einem gegebenen Moment kein Stiftungsvermögen vorhanden ist; eine ihr in einer solchen Zeit gemachte Zuwendung ist nicht Begründung einer neuen Stiftung. Ebensowenig hört eine Corporation mit dem Wegfall ihrer Mitglieder auf, so lange ihr Zweck und die Aussicht fortdauert, daß die Verfolgung desselben neue Träger finden wird[3]. Unter dieser Voraussetzung vermag auch ein von den gegenwärtigen Mitgliedern gefaßter Auflösungsbeschluß die Corporation nicht aufzuheben, während ihr abgesehen davon durch einen solchen Beschluß ihre Existenz allerdings entzogen wird[4].

---

zum Recht gemacht werden, daß eine bestehende juristische Person nicht mehr Rechtssubject sein solle. Aber dieß meint man nicht, wenn man (z. B. Puchta §. 28 a. E.) lehrt, daß die juristische Person auch durch Entziehung der Persönlichkeit von Seiten des Staates aufgehoben werde; man hat dabei einen Act derjenigen Behörde im Sinne, welcher der Staat die Befugniß, Privilegien zu ertheilen, übertragen hat.

[2] Es ist, wie beim Verluste des Besitzes (l. 8 D. de A. v. A. P. 41. 2) ein in contrarium agi nothwendig.

[3] In l. 7 §. 2 D. quod cui. univ. 3. 4 heißt es: „Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis“. Aber Dasselbe ist auch zu sagen, „wenn z. B. in einer Stadt durch Seuchen alle Mitglieder einer Handwerkszunft kurz nach einander hinsterben“, Savigny II S. 280. S. auch Puchta §. 28. s (mit treffender Berufung auf l. 85 §. 1 D. de R. I. 50. 17: „Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt“) und Arndts §. 45 Anm. 1. Anders Sintenis I §. 15 Anm. 29.

[4] Ihre Existenz als juristische Person, weil ihr Substrat, die zusammengehörende Personenmehrheit, wegfällt. Es beschließt nicht die Corporation, daß sie aufhören wolle, Rechtssubject zu sein, sondern die Corporationsmitglieder beschließen, auseinanderzugehen. Dieß gegen Puchta §. 28. r und Rechtslexicon III S. 73, Sintenis I §. 15 Anm. 31, vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 176—178. Daß zu einem solchen Beschluß Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist, versteht sich von selbst. Ist Stimmeneinhelligkeit nicht vorhan-

§. 62.

Was das Schicksal des Vermögens der aufgehobenen juristischen Person betrifft, so steht zunächst fest, daß durch die Aufhebung einer juristischen Person die Rechte, welche Einzelne an ihrem Vermögen haben, nicht beseitigt werden können, und so namentlich auch nicht die Rechte der Mitglieder einer Corporation an dem Corporationsvermögen. Ist daher das Corporationsvermögen unter die Corporationsglieder seinem Werthe noch vertheilt (§. 58), so dauert dieses Verhältniß auch nach der Auflösung der Gesellschaft fort, und der Unterschied ist nur der, daß jetzt die ideelle Theilung in eine reelle verwandelt werden kann. Abgesehen von diesem Fall ist zu unterscheiden, ob die aufgehobene juristische Person vor ihrer Aufhebung über das künftige Schicksal ihres Vermögens einen gültigen Beschluß gefaßt hat, oder nicht. Im ersten Falle ist jener Beschluß in Ausführung zu bringen, im zweiten Fall fällt das Vermögen der juristischen Person als herrenlos an den Staat. Ein gültiger Beschluß der angegebenen Art ist nicht denkbar bei einer Anstalt oder Stiftung, deren Vermögen nicht der ihm gegebenen Bestimmung entzogen werden darf. Bei einer Corporation setzt er voraus: 1) unter allen Umständen Einstimmigkeit; 2) wenn das Vermögen der Corporation nicht bloß dem Privatnutzen der Mitglieder zu dienen bestimmt ist, Staatsgenehmigung; 3) wenn es sich um ein Vermögen handelt, zu dessen Genuß nach einem gewissen Determinationsmodus aufeinanderfolgende Personen berufen sind, Autorisation der Gesetzgebung (§. 59)[1].

---

den, so setzen die Verneinenden die Corporation fort, während es den Auflösenwollenden unbenommen ist, auszuscheiden.

[1] Die Behauptung, daß das Vermögen der aufgelösten Corporation immer an ihre Mitglieder falle, ist eben so irrig, als die entgegengesetzte, daß dieß nie der Fall sei. Ersteres wird nicht bewiesen durch l. 3 pr. D. de colleg. 47. 22, welche Stelle von Vereinen handelt, die juristische Personen sein möchten, aber wegen Unerlaubtheit des Vereins nicht sind. Vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 178. 179, Arndts §. 45 Anm. 6. §. 62.

Drittes Kapitel.

Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.

I. Allgemeines.

Entstehung und Untergang.

§. 63.

Die Rechte entstehen durch die concrete Verwirklichung der Thatbestände, welche die Rechtsordnung mit der Kraft begabt hat, ein Recht dieser Art zu erzeugen. Die Rechte gehen unter durch die concrete Verwirklichung der Thatbestände, welche die Rechtsordnung mit der Kraft begabt hat, ein Recht dieser Art zu vernichten. Bei den Ansprüchen kann der Untergang nicht bloß ein directer sein, so daß dem Anspruch nun gar keine rechtliche Anerkennung mehr zur Seite steht, sondern auch ein indirecter, so daß der Anspruch an und für sich noch immer anerkannt wird, aber durch eine Einrede zurückgewiesen werden kann. Uebrigens ist es ebenso möglich, daß der Anspruch sogleich von seiner Entstehung an mit einer Einrede behaftet ist[1].

Veränderung.

§. 64.

Rechte können, ohne unterzugehen, sich verändern. D. h. die Substanz des Rechts ist dieselbe geblieben; nur seine Eigenschaften sind andere geworden. Weil die Substanz des Rechts dieselbe geblieben ist, fährt, soweit die Veränderung nicht reicht, Alles fort, von dem Rechte zu gelten, was bis dahin von ihm galt[1].

Eine Veränderung kann mit den Rechten vorgehen sowohl in Betreff ihres Inhalts, als in Betreff ihres Subjects.

---

§. 63. [1] Vgl. §. 47.

§. 64. [1] Hierin liegt das praktische Interesse der Unterscheidung zwischen der Veränderung eines Rechts und der Entstehung eines neuen Rechts an Stelle eines früheren.

Der Inhalt[2] eines Rechts kann ein anderer werden entweder in quantitativer oder in qualitativer Beziehung. In quantitativer Beziehung: der jetzige Zustand des Rechts unterscheidet sich von dem früheren nur durch ein Mehr oder Minder, so z. B. wenn die Sache, an welcher Jemand Eigenthumsrecht hat, durch Anschwemmung einen Zuwachs erhält, wenn der Gläubiger zum Theil befriedigt wird. In qualitativer Beziehung: das Recht gewährt jetzt eine andere Art der rechtlichen Herrschaft, als früher, wie z. B. das Eigenthumsrecht nach seiner Verletzung (§. 43), oder es ist, wenn auch die Art der rechtlichen Herrschaft unverändert geblieben ist, doch dasjenige, was kraft derselben verlangt werden kann, ein Anderes geworden, wie sich z. B. das Forderungsrecht auf Leistung einer individuellen Sache dadurch, daß dessen Erfüllung dem Schuldner durch seine Schuld unmöglich wird, in ein Forderungsrecht auf Geldentschädigung verwandelt. Dabei findet noch der Unterschied statt, daß möglicherweise das Recht nur in der veränderten Gestalt fortexistirt, wie z. B. in dem zuletzt genannten Fall, möglicherweise aber auch die neue Gestaltung, welche es angenommen hat, seinem ursprünglichen Bestande keinen Eintrag thut, wie in dem zuerst erwähnten Beispiel[3].

§. 65.

In Betreff ihres Subjectes[1] erleiden die Rechte eine Aenderung dadurch, daß an die Stelle des bisherigen Subjectes ein anderes tritt. Bei obligatorischen Rechten kann nicht bloß das berechtigte, sondern auch das mit der Verbindlichkeit behaftete Subject wechseln. Die technische Bezeichnung für dieses Eintreten eines Subjectes an die Stelle eines andern ist (Rechts-) Nachfolge (Succession); das neu eintretende Subject ist der (Rechts-) Nach-

---

[2] Vgl. Savigny III S. 4.

[3] Der Eigenthümer ist deßwegen nicht weniger Eigenthümer mit allen im Eigenthumsrechte liegenden Befugnissen, weil er dadurch, daß eine bestimmte Person ihm seine Sache vorenthält, einen Anspruch gegen dieselbe gewonnen hat. Dieser Anspruch ist aber nicht sowohl ein neues Recht, als das alte in einer neuen Function (die intentio der actio geht nicht auf restitui oportere, sondern auf rem actoris esse).

[1] Vgl. Savigny III §. 105, Wächter II §. 79. 80, Unger II §. 74. §. 65.

folger (Nachmann, Successor), das bisherige der (Rechts-) Vorgänger (Vormann).

Nicht alle Rechte können ihr Subject wechseln; ihre Hauptanwendung findet die Rechtsnachfolge auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Die vermögensrechtliche Nachfolge ist aber entweder Nachfolge in ein Vermögen als Ganzes (§. 42), und damit in alle einzelnen Bestandtheile desselben, oder sie ist eine Nachfolge in Vermögensstücke als einzelne, — Gesammtnachfolge, Sondernachfolge (Universalsuccession, Singularsuccession)[2].[3]

---

[2] Hasse Arch. f. civ. Pr. V S. 19 fg. — Die römischen Ausdrücke sind: succedere (successio) in universum ius, in omne ius, in ius (iuris successor), per universitatem (universitatis successio), in universa bona — in rem, in rei dominum, in singularum rerum dominum. Es findet sich auch ein Sprachgebrauch, nach welchem die Ausdrücke succedere etc. bloß von der Gesammtnachfolge gebraucht werden. Vgl. l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et tr. 21. 3, l. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 3 pr. D. de B. P. 37. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 1 §. 13 D. quod leg. 43. 3, l. 24 §. 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13. Hasse a. a. O. S. 40 fg., Savigny a. a. O. S. 17 fg. — Der Ausdruck succedere (successio) in locum ist nicht nothwendigerweise von der Rechtsnachfolge zu verstehen; er wird auch da gebraucht, wo Jemand mit einem neu entstandenen Rechte an die Stelle eines bisher Berechtigten tritt. Dernburg Arch. f. civ. Pr. XLI S. 3 fg. (Pfandrecht II S. 491 fg.)

[3] Der aufgestellte Begriff der Rechtsnachfolge ist neuerdings mehrfach angefochten worden, entweder für die Rechtsnachfolge überhaupt, oder doch für die Sondernachfolge, und zwar namentlich auf Grund der Auffassung, daß das Subject etwas zum Wesen des Rechts Gehöriges sei und daher durch den Wechsel des Subjectes das Recht ein anderes werden müsse. Hierher gehören: Kuntze die Obligation &c. §. 15—20, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse &c. S. 116 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 345 fg. Kuntze behauptet, bei der Sondernachfolge dauere nicht das bisherige Recht fort, sondern es werde aus dem „Stoff" des bisherigen Rechts ein anderes geschaffen; ähnlich v. Salpius; auch nach der Ansicht von Neuner geht bei der Rechtsnachfolge nicht das Recht über, sondern nur der „Rechtsstoff". Daß aber der bezeichnete Ausgangspunkt ein irriger ist, ergibt sich schon daraus, daß ein Recht möglicherweise ohne alles Subject existiren kann (§. 49 Note 2). Auch abgesehen hiervon: die Rechte haben ihre Individualität, ihre Unterschiedenheit von anderen Rechten, lediglich durch ihre Erzeugung; jedes Recht ist dasjenige Individuum, welches es ist, deßwegen, weil es auf diesem concreten, von der Rechtsordnung mit der Kraft zu seiner Erzeugung begabten, Thatbestand beruht. Wäre dieß anders, so wäre das For-

Ruhen der Rechte.

§. 65ª.

Mit dem Untergang der Rechte ist nicht zu verwechseln das Ruhen derselben. Ein ruhendes Recht ist unwirksam, wie ein untergegangenes; aber sobald die Thatsache wegfällt, durch welche seine Wirksamkeit ausgeschlossen ist, hat es wieder volle Wirksamkeit, ohne daß es neu erzeugt zu werden brauchte[1].

Erwerb und Verlust der Rechte.

§. 66.

Erwerb eines Rechts ist Verknüpfung des Rechts mit einem bestimmten Subject; Verlust eines Rechts ist Lostrennung des Rechts von dem Subjecte, mit welchem es bisher verknüpft war.

---

derungsrecht des A gegen den B auf 100 aus einem Darlehn, und das Forderungsrecht des A gegen den B auf 100 aus einem Kaufe, dasselbe Recht. Wenn daher auf einen rechterzeugenden Thatbestand, auf welchen sich bisher A berufen durfte, nun B berufen darf, so hat B nicht ein gleiches Recht, wie A, sondern dasselbe, identische Recht. Gegen Kuntze haben sich erklärt: Windscheid die Actio ꝛc. S. 157—160, Bekker Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 452—455, Arndts §. 56 Anm. 2, Unger II §. 74 Note 4, Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 223 fg. v. Salpius zieht aus seiner Auffassung die Consequenz, daß auch in der Novation eine Succession liege. S. dagegen H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 371 fg. — Auch Brinz (Jahrb. d. gem. R. III S. 31. 32) will das Wesen der Rechtsnachfolge darein gesetzt wissen, daß das Recht des Nachfolgers aus dem Recht des Vorgängers geschaffen werde, ist dabei jedoch nicht der Ansicht, daß das Recht des Nachfolgers nicht dasselbe Recht sei, wie das des Vorgängers; aber diese Identität, meint er, finde nicht bloß bei der Rechtsnachfolge statt, sondern z. B. auch bei der Ersitzung, — eine Behauptung, welche mir durch das von Brinz Vorgebrachte in keiner Weise bewiesen zu sein scheint. [Exner Tradition S. 1 Note 2.] — Lenz (Recht des Besitzes S. 45—76) denkt sich das Verhältniß so: der an einem Object bisher Berechtigte gebe sein Recht zu dem Ende auf, damit ein anderer die Herrschaft über das Object als ein nun herrenloses erwerbe. Es hängt dieß zusammen mit seiner eigenthümlichen und seltsamen Auffassung des Wesens des (subjectiven) Rechts überhaupt, wonach dasselbe seinen Grund nicht in der Rechtsordnung, sondern in dem Willen des Berechtigten haben soll (vgl. §. 150 Note 1). Vgl. auch Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XX S. 70 Note 27.

[1] Beispiele: das Eigenthum an einer Sache, welche als Bestandtheil in eine andere Sache eingefügt worden ist (§. 188 Note 7, §. 189 Note 4). Die actio noxalis, wenn der Sklave ꝛc., durch welchen sie begründet worden ist, §. 65a.

Erwerb eines Rechts ist nicht nothwendigerweise zugleich Entstehung desselben. Er wäre es, wenn es keine Rechtsnachfolge gäbe; aber der Rechtsnachfolger erwirbt ein Recht, ohne daß es jetzt erst entstünde. In gleicher Weise ist der Verlust, welcher den Rechtsvorgänger betrifft, nicht Untergang des Rechts[1].

Der Rechtserwerb, welcher sich durch Rechtsnachfolge vollzieht, bildet eine Art des abgeleiteten Erwerbes. Unter abgeleitetem Erwerb versteht man jeden Erwerb, welcher sich auf ein bereits bestehendes Recht stützt, bei welchem das erworbene Recht von einem bestehenden abgeleitet wird. Außer dem Erwerbe durch Rechtsnachfolge gehört auch der Fall hierher, wo aus einem vorhandenen Recht ein Recht anderer Art erzeugt wird, z. B. aus dem Eigenthumsrecht eine Dienstbarkeit[1a]. Derjenige, von dessen Recht das erworbene Recht abgeleitet wird, heißt der Rechtsurheber[2]. Den Gegensatz gegen den abgeleiteten Erwerb bildet der selbständige Erwerb[3].

Die juristischen Thatsachen.

§. 67.

Die einzelnen Momente der Thatbestände, auf Grund deren sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte vollzieht, sind die juristischen Thatsachen. Ein Thatbestand kann aus einer einzelnen Thatsache bestehen, er kann aber auch durch ein Zusammensein mehrerer Thatsachen gebildet werden. In dem

---

in das Eigenthum ꝛc. des Gläubigers gekommen ist, Gai. IV 78. Der Wechsel in eigener Hand des Schuldners (A. D. W. O. Art. 10, Kuntze Wechselr. S. 84. 86). Theilweises Ruhen des Rechts: z. B. des Pfandrechts an eigener Sache (§. 248 Note 26 fg.).

§. 66. [1] Ein anderer Grund, warum Erwerb und Entstehung, Verlust und Untergang des Rechts nicht nothwendigerweise zusammenfallen, liegt in der Möglichkeit des subjectlosen Bestehens der Rechte.

[1a] [Exner Tradition S. 1—4.]

[2] Auctor. L. 175 §. 1 D. de R. I. 50. 17 (vgl. l. 54 l. 177 pr. eod.). Der Ausdruck wird vorzugsweise bei der Sondernachfolge gebraucht; vgl. jedoch l. un. C. Hermog. de success. 12.

[3] Die hergebrachten Ausdrücke sind: derivativer — originärer Erwerb. Der letztere Ausdruck ist hier durch den Ausdruck: selbständiger Erwerb in dem Sinne wiedergegeben worden, daß der Erwerb ein Erwerb ist, der seine origo in sich trägt.

letzteren Fall können die den Thatbestand bildenden Thatsachen auch der Zeit nach auseinanderfallen, entweder möglicherweise (z. B. die beiden einen Vertrag ausmachenden Willenserklärungen), oder nothwendiger Weise (so setzt z. B. die Ersitzung voraus einmal eine gewisse Art der Besitzerlangung, sodann eine gewisse Dauer des so erlangten Besitzes)[1].

Die juristischen Thatsachen können nicht bloß positiver, sondern auch negativer Art sein. Eine Unterlassung z. B. kann so wohl rechtliche Folgen haben, wie ein Thun.

Ob einer Thatsache rechtliche Wirkung zukomme oder nicht, und welche ihr zukomme, braucht nicht nothwendigerweise sogleich mit ihrem Wirklichwerden entschieden zu sein; möglicherweise kann dafür erst eine spätere Gestaltung der Verhältnisse entscheidend sein. In diesem letzteren Falle ist einstweilen ein Zustand der Ungewißheit oder der Schwebe vorhanden[2].

Die juristischen Thatsachen äußern die ihnen zukommende rechtliche Wirkung regelmäßig nur für die Zeit, welche vor ihnen liegt; sie wirken nur für die Zukunft. Es kommt jedoch auch vor, daß das Recht einer Thatsache Wirkung beilegt auch für die hinter ihr liegende Zeit, für die Vergangenheit, d. h. daß es vorschreibt, es solle Alles so gehalten werden, als sei die erst jetzt

---

[1] Vgl. Ihering Geist d. röm. R. III S. 143 fg. §. 67.

[2] Die Quellen sagen in einem solchen Falle: pendet, in pendenti, in suspenso est, entweder von dem Rechtsverhältniß (z. B. dominium l. 12 §. 5 l. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1, causa obligationis l. 20 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, servi status l. 86 §. 2 D. de leg. I° 30), oder auch von der Thatsache selbst (z. B. traditio, stipulatio l. 14 §. 1 D. de castr. pec. 49. 17, alienatio l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7, mutui datio l. 8 D. de R. C. 12. 1, actus l. ult. D. comm. praed. 8. 4). In einem solchen Falle ist aber die Thatsache nicht nothwendigerweise aller sofortigen Wirkung bar; sie kann möglicherweise schon jetzt, wenn auch nicht die ihr an und für sich zukommende, doch eine andere Wirkung äußern. So wird in Folge der bedingten Willenserklärung das übertragene Recht nicht eher erworben, bis die Bedingung erfüllt ist; aber jedenfalls ist der Uebertragende sofort gebunden, er kann den Erwerb des Rechts für den Fall der Erfüllung der Bedingung nicht mehr verkümmern (§. 89). Nur wo dieses Verhältniß stattfindet, hat der Begriff des zukünftigen Rechts rechtliche Bedeutung, während im Uebrigen das zukünftige Recht einfach ein Nichtrecht ist (vgl. Unger II S. 7. 8). Dieses Verhältniß ist es auch, auf welches sich der von einem neueren Schriftsteller

eingetretene rechtliche Wirkung bereits früher eingetreten[3]. In einem solchen Falle sagt man, daß die Thatsache rückwirkende Kraft habe, oder auch, daß sie zurückbezogen werde[4].

Das zuletzt gedachte Verhältniß kann auch so ausgedrückt werden: es solle Alles so gehalten werden, als sei die Thatsache selbst bereits in früherer Zeit eingetreten. In gleicher Weise kommt es auch vor, daß eine Rechtsregel vorschreibt, auf Grund eines Thatbestandes solle die gleiche rechtliche Wirkung eintreten, wie wenn dieser Thatbestand seinem Inhalt nach ein anderer wäre. Man spricht in diesen Fällen von einer Fiction[5].

(Fitting über den Begriff der Rückziehung [1856]) aufgestellte Begriff der „Vorwirkung" bezieht. Vgl. zu der genannten Schrift die Recensionen von Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 49 fg. und v. Scheurl in der krit. Ueberschau V S. 24 fg.; ferner Arndts §. 57 Anm. 2, Vangerow I S. 555. 556 der 7. Aufl.

[3] L. 193 D. de R. I. 50. 17. „Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent". L. 138 pr. eod., l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. — L. 44 §. 1 D. de leg. I° 30: — „ubi legatarius non repudiavit retro ipsius fuisse videtur (sc. res legata), ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis". L. 86 §. 2 eod. — L. 35 ad leg. Aq. 9. 2: — „retro accrevisse dominium ei videtur". — L. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1: — „retro fructuarii fuisse". L. 43 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. — Vgl. l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7: — „pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro fiant nummi accipientis". L. ult. D. comm. praed. 8. 4: — „cum . . postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur". L. 17 §. 2 D. de furt. 47. 2 (II §. 394 Note 2).

[4] L. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28: — „cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quae ab initio subsecuta sunt". L. 25 C. de don. i. v. e u. 5. 16: — „confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt". In l. 11 §. 2. 9 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und l. 40 D. de m. c. don. 39. 6 wird von dem bestätigten nichtigen Rechtsgeschäft selbst gesagt: retro agitur, reducitur (insofern nämlich die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts eigentlich neuer Abschluß desselben ist). In l. 15 D. de reb. dub. 34. 5 heißt es im Allgemeinen: res retro ducitur. — Vgl. über dieses Verhältniß die in Note 2 citirte verdienstliche Schrift von Fitting.

[5] Das römische Recht liebt den Gebrauch der Fictionen besonders. So heißt es in der Formel der Arrogation (Gell. Noct. Att. V. 19. 9), der Arrogirte

§. 68.

Eine Uebersicht über die verschiedenen juristischen Thatsachen gewährt folgende Betrachtung. Einen vorzugsweise wichtigen Grund der Entstehung des Untergangs und der Veränderung der Rechte bilden

1) die darauf gerichteten Willenserklärungen von Privatpersonen; man nennt sie Rechtsgeschäfte. Ihnen stehen gegenüber

2) die richterlichen Willenserklärungen, und

3) alle anderen Thatsachen. In diesem letzteren Falle spricht man von einer gesetzlichen Entstehung der Rechte[1].

Nicht alle juristischen Thatsachen erheischen und gestatten eine allgemeine Betrachtung, wie sie hier allein angestellt werden kann und darf. Einer solchen allgemeinen Betrachtung sind vielmehr nur folgende juristische Thatsachen zu unterwerfen:

1) die Rechtsgeschäfte (§. 69—100);

2) das unerlaubte Verhalten (§. 101);

3) der Ablauf der Zeit. Die Zeit kann aber nicht bloß selbst juristische Thatsache sein, sondern es kann auch eine andere Thatsache erst durch ihre zeitliche Beziehung zu einer juristischen werden. Insofern ist von der rechtlichen Bedeutung der Zeit überhaupt zu handeln (§. 102—113)[2].

---

solle in dieselbe rechtliche Lage kommen, als wäre er vom Arrogirenden erzeugt. Statt zu sagen, daß die (rechtliche) Freiheit des römischen Bürgers durch feindliche Gefangenschaft nicht beeinträchtigt werde, sagt das römische Recht: er sei, möge er aus der Gefangenschaft heimkehren oder in derselben sterben, anzusehen, als sei er nie in der Gefangenschaft gewesen, l. 12 §. 6 l. 16. 18. 22 pr. D. de capt. 49. 15. Vgl. Demelius die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (1858), und dazu die Rec. von Arndts krit. VJSchr. I S. 93 fg. Jetzt auch Ihering Geist des röm. R. II S. 284—292. [Unger österr. Erbrecht §. 7 Anm. 10.]

[1] Die Vorstellung, welche dieser durchaus gebräuchlichen Bezeichnung zu Grunde liegt, ist: die Rechte entstehen 1) durch menschlichen Willen, 2) durch den Willen des Gesetzes. Es braucht nicht erst bemerkt zu werden, daß auch in dem ersten Falle das Entscheidende nicht der menschliche Wille ist, sondern der Wille des Gesetzes, welcher jenen mit rechtlicher Wirksamkeit begabt hat. §. 68.

[2] Als Thatsache allgemeiner Bedeutung wird in den Lehrbüchern noch der Tod hervorgehoben, insofern nämlich, als die Klagen aufgezählt werden, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (s. z. B. Savigny V §. 230, Puchta §. 88, Arndts §. 104). In dieser Beziehung

Eine Lehre gibt es aber noch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt bezieht, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; diese ist zum Schlusse darzustellen (§. 114—120).

II. Die Rechtsgeschäfte.

A. Begriff und Arten.

§. 69.

Rechtsgeschäft ist die Privatwillenserklärung des Inhalts, daß ein Recht entstehen, untergehen, oder eine Veränderung erleiden solle[1].

---

ist zu bemerken: 1) wenn es im römischen Rechte heißt, daß es actiones gebe, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (vgl. z. B. §. 1 I. de perpet. et temp. act. 4. 12), so sind diese actiones für uns Ansprüche (§. 44); 2) wenn man die Ansprüche aufzählen will, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, so hat es keinen Sinn, dieß nicht für die Rechte überhaupt zu thun; 3) von einer Aufzählung der Rechte oder Ansprüche, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, läßt sich ein Vortheil nicht absehen; es genügt die Bemerkung, daß es solche Rechte gibt, und, was das Nähere angeht, die Verweisung auf die besonderen Rechtslehren. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. §. 5. — Ueber den s. g. concursus actionum s. §. 121 Note 9.

§. 69. [1] Ueber die Definition des Rechtsgeschäfts herrscht kein Einverständniß unter den Schriftstellern. Vgl. v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. 9, Savigny III S. 5. 6, Sintenis I §. 19 Anm. 1, Wächter II S. 634. 635, Unger II S. 40. Man darf nicht sagen, Rechtsgeschäft sei die auf die Begründung ꝛc. eines Rechts gerichtete Willenserklärung (Puchta §. 49, Arndts §. 63), weil darnach auch das richterliche Urtheil ein Rechtsgeschäft sein würde. (Hiergegen bemerkt jetzt Arndts in der 5. Aufl., daß es nicht sprachwidrig sei, auch das Urtheil ein Rechtsgeschäft zu nennen. Nicht sprachwidrig, aber auch nicht sprachüblich; und am allerwenigsten gelten für das Urtheil die gleichen rechtlichen Grundsätze, wie für das Rechtsgeschäft. Förster Preuß. Privatr. I S. 130 Note 3 sagt: das richterliche Urtheil sei eben ein Urtheil, keine Willenserklärung. Auch die Condemnation? Auch das Adjudicationsurtheil?) Von der andern Seite wird die Definition zu enge, wenn man sie auf die eigenen Rechtsverhältnisse des Erklärenden stellt; ein Rechtsgeschäft kann auch auf die Bestimmnng von Rechtsverhältnissen Dritter gerichtet sein, so z. B. das Vermächtniß einer dem Erblasser nicht gehörigen Sache. Wächter II S. 636 Note 4. — Arndts a. a. O. in der 5. Aufl. macht gegen die

Die wichtigste Eintheilung der Rechtsgeschäfte ist die in einseitige und zweiseitige. Entweder nämlich kommt das Rechtsgeschäft zu Stande durch die Willenserklärung Eines; oder es bedarf zu dem Rechtsgeschäft der Willenseinigung Mehrerer; näher: der von dem Einem erklärte Wille muß durch die Willenserklärung des Andern ergriffen und festgehalten werden. Das zweiseitige Rechtsgeschäft heißt mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag[2]. Der Vertrag findet seine Anwendung auf dem gesammten Rechtsgebiet[3], nicht bloß im Obligationenrecht[4].

Außderdem werden die Rechtsgeschäfte unterschieden in lästige und wohlthätige[5], je nach dem sie für den Abschließenden eine Aufopferung enthalten (mag demselben ein Vortheil gegenüberstehen oder nicht), oder ihm lediglich einen Vortheil bringen. Ferner in Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf Todesfall[6]; letztere sind diejenigen, welche bestimmt sind, die Rechtsverhältnisse des Erklärenden für die Zeitnach seinem Tode zu ordnen.

---

von mir aufgestellte Definition noch geltend, daß es auch völkerrechtliche Rechtsgeschäfte gebe. Aber für ein System des Privatrechts scheint es mir das näher liegende Interesse, durch die Fassung der Definition den Gedanken an das richterliche Urtheil auszuschließen, als den Gedanken an den völkerrechtlichen Vertrag. Ueberdieß sind auch bei dem völkerrechtlichen Vertrag die Contrahenten Vertreter privaten Interesses. In diesem Sinne habe ich den in der 1. Aufl. gebrauchten Ausdruck: Willenserklärung einer Privatperson mit dem Ausdruck: Privatwillenserklärung vertauscht.

[2] Pactio, conventio. L. 1 §. 2. 3 D. de pactis 2 14; vgl. l. 3 pr. D. de pollicit. 50. 12. Ueber den Begriff des Vertrags s. namentlich Böcking I §. 103 Note 12, Kuntze Inhaberpapiere §. 81.

[3] Savigny III §. 140. 141, Unger II §. 93.

[4] Letzteres war die in früherer Zeit herrschende Ansicht. Sie hing damit zusammen, daß man nicht zwischen den verschiedenen Arten der Verbindlichkeiten unterschied, den Begriff der Verbindlichkeit mit dem der obligatio identificirte. Noch jetzt ist dieser Ansicht Vangerow (I §. 311 Anm. 4. §. 350 Anm. 1 Nr. 1, übrigens in der 7. Aufl. mit Beschränkung auf die „Verträge im eigentlichen Sinn"). S. dawider Arndts §. 63 Anm. 1.

[5] Andere sagen: entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte. In den Quellen ist die Rede von einem Erwerbe ex causa lucrativa (z. B. l. 13 §. 15 D. de A. E. V. 19. 1); freilich nicht auch von einem Erwerbe ex causa onerosa.

[6] Inter vivos—mortis causa, welche Ausdrücke quellenmäßig sind, s. z. B. l. 25 pr. D. de inoff. 5. 2. Vgl. Hasse Rhein. Mus. II S. 211—218.

Hervorzuheben sind endlich noch die Begriffe der Veräußerung und des Verzichts[7].

Von Veräußerung[8] wird in verschiedenem Sinne gesprochen. Im engeren und eigentlichen Sinne versteht man unter Veräußerung ein Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Andern überträgt[9]. Im weiteren Sinne spricht man von Veräußerung auch da, wo ein Recht schlechthin aufgegeben wird, ohne daß mit dieser Aufgabe die Uebertragung auf einen Andern verbunden ist[10]. Die Veräußerung wird aber endlich auch in einem weitesten Sinne gefaßt, in welchem sie aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte ganz ausscheidet; man versteht nämlich unter Veräußerung auch jede willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechts, wenngleich das den Verlust Begründende etwas Anderes ist, als die Willenserklärung des Verlierenden[11]. In welchem Sinne der Ausdruck wirklich zu verstehen sei, bleibt für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkommt, zu untersuchen[12].

---

[7] Alienatio; renuntiatio.

[8] Savigny IV §. 145—148, Wächter II S. 638—643, Unger II S. 173—179.

[9] Der Uebertragung steht der Fall gleich, wo Jemand durch ein einem Andern bestelltes Recht sein Recht nur beschränkt, l. 7 C. de reb. al. 4. 51.

[10] L. 5 §. 8 D. de reb. eor. 27. 9. „Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat". Vgl. l. 28 pr. i. f. D. de V. S. 50. 16.

[11] L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem". Dem ersten Theil der Stelle gibt eine engere Erklärung Savigny IV S. 567—570 (vgl. unten §. 182 Note 14). S. ferner l. 5 §. 6. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 §. 1 l. 4 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Auch der Fall der Zahlungsannahme (Gai. II. 84, l. 15 D. de sol. 46. 3), welchen Wächter und Unger unter Nr. 2 stellen, gehört hierher.

[12] So ist das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Pupill ohne auctoritas praetoris nichts veräußern könne (l. 5 §. 8 D. de reb. eor. 27. 9, vgl. II §. 441 Note 6), keine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Gläubiger nichts in fraudem creditorum veräußern dürfe (l. 6 §. 4 D. quae in fr. cred 42. 8, vgl. II §. 463 Note 7). Das Nichtunterbrechen einer bei Beginn der Ehe bereits laufenden

Verzicht[13] ist die Aufgabe eines Rechts schlechthin, also gleich Veräußerung in der zuvor angegebenen zweiten Bedeutung; in weiterem Sinne des Wortes wird aber auch die Erklärung, ein Recht, dessen Erwerb möglich ist, nicht erwerben zu wollen, unter dem Verzicht mit begriffen. Darüber was zu einem bindenden Verzicht gehöre, läßt sich eine durchgreifende Rechtsregel nicht aufstellen[14].

B. Erfordernisse der Gültigkeit.

Einleitung.

§. 70.

Damit ein Rechtsgeschäft im Stande sei, die von ihm beabsichtigten rechtlichen Wirkungen hervorzubringen, muß es gewisse Erfordernisse an sich tragen. Fehlt ihm eines derselben, so ist es ein ungültiges Rechtsgeschäft. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte ist unten näher zu handeln (§. 82); jedoch ist schon gleich hier zum Verständniß des Folgenden zu bemerken, daß die Ungültigkeit entweder Nichtigkeit ist, d. h. das ungültige Rechtsgeschäft hat gar keine Wirkung, oder Anfechtbarkeit, d. h. es hat an und für sich Wirkung, aber derselben kann entgegengetreten werden.

Ueber die Erfordernisse der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte ist

---

Verjährung ist keine alienatio gegenüber dem Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken (l. 16 D. de fundo dot. 23. 5), aber es ist eine alienatio für das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten, insofern wenigstens der Werth der Bereicherung zurückgefordert werden darf (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). S. auch l. 1 pr. in Verbindung mit l. 16 D. de fundo dot. 23. 5, und vgl. überhaupt Savigny IV Beil. IX, Bacher Arch. f. civ. Pr. XLVI. 8.

[13] Fritz im Arch. f. civ. Pr. VIII. 15 (1825). Gräbe die Lehre des Verzichtes (1843; s. darüber krit. Jahrb. f. d. RWissensch. 1845 S. 831—833). Bacher Jahrb. f. Dogm. V. 5 (1861). Savigny IV S. 544—547, Wächter II S. 643—650, Sintenis I S. 220—223, Unger II S. 179—188, Holzschuher I §. 12 Nr. 7—18.

[14] Doch läßt sich so viel sagen, daß regelmäßig zu einem bindenden Verzicht die bloße Willenserklärung des Verzichtenden nicht genügt. So ist beim Eigenthum körperliche Aufgabe (Dereliction) erforderlich (§. 191), in anderen Fällen Acceptation von der Gegenseite.

hier zunächst eine Uebersicht zu geben. Damit von einem Rechtsgeschäfte überhaupt geredet werden könne, ist nöthig, daß eine auf die Entstehung, Beendigung oder Umänderung eines Rechts gerichtete Privatwillenserklärung vorliege. Das Recht erkennt aber nicht die Willenserklärungen aller Personen an; es schreibt nicht allen Personen Handlungsfähigkeit zu (§. 71). Die Willenserklärung muß ferner die gehörige äußere Beschaffenheit haben (§. 72). Damit steht die Frage in Verbindung, ob die Willenserklärung auch durch dritte Person erfolgen könne (§. 73. 74). Wenngleich ferner die Willenserklärung von Außen betrachtet allen gesetzlichen Anforderungen genügt, so kann doch das Rechtsgeschäft möglicherweise deßwegen ungültig sein, weil die abgegebene Erklärung nicht dem wirklichen Willen entspricht (§. 75—77), oder weil der wirklich vorhandene Wille durch ungehörige Motive bestimmt worden ist (§. 78—80), oder weil der Inhalt desselben dem Rechte nicht genehm ist (§. 81). —

Wenn eine rechtliche Bestimmung ein Rechtsgeschäft verbietet oder für dasselbe Etwas verlangt, so hat die Verletzung der Bestimmung Ungültigkeit zur Folge, wenngleich die Ungültigkeit nicht ausdrücklich angedroht ist; es müßte denn die Rechtsbestimmung ausdrücklich eine andere, mit der Ungültigkeit nicht vereinbare, Folge ihrer Verletzung anordnen[1].

Ein Rechtsgeschäft, durch welches das Gesetz umgangen wird, ist in derselben Weise ungültig, wie das direct gegen das Gesetz verstoßende[2].

1. Handlungsfähigkeit.

§. 71.

Unter (juristischer) Handlungsfähigkeit versteht man die vom Rechte gewährte Fähigkeit zum Handeln mit rechtlicher Wirkung; auf Rechtsgeschäfte angewandt[1] ist sie also die Fähigkeit, durch

---

§. 70. [1] L. 5 C. de legib. 1. 14; c. 64 de R. I. in VI° 5. 12. Seuff. Arch. III. 258.

[2] L. 29. 30 D. de legib. 1. 3, l. 5 C. cit.

§. 71. [1] Die Lehre von der Handlungsfähigkeit findet bei den Rechtsgeschäften nicht ihre einzige, aber doch eine vorzugsweise wichtige Anwendung; zugleich hat sie gerade bei diesen eine besondere Ausbildung erfahren. Deßwegen er-

Willenserklärung die einer Willenserklärung dieses Inhalts an und für sich zukommende rechtliche Wirkung zu erzeugen. Diese Fähigkeit erkennt das Recht nicht in allen Personen an; anderen gesteht es sie nur in beschränktem Maße zu[2].

1) Vollständig spricht das Recht diese Fähigkeit ab zuvörderst den Wahnsinnigen (§. 54)[3], die also durch ihre Willenserklärungen sich nicht nur nicht in eine ungünstigere, sondern auch nicht in eine günstigere Lage versetzen können[4]. Das Recht hat hier die natürliche Thatsache anerkannt, daß bei den Wahnsinnigen im Grunde von einem Willen gar nicht geredet werden könne.

2) Dem Wahnsinn stehen gleich die Zustände vorübergehender Geistesabwesenheit, wie sie durch Krankheit, Trunkenheit ꝛc. ꝛc. herbeigeführt werden können[5].

3) Auch die Kinder im ersten Lebensalter ermangeln der natürlichen und deßwegen vollständig der juristischen Handlungsfähigkeit[6]. Diesen Zustand läßt das römische Recht bis zum vollendeten 7. Jahre dauern (§. 54).

---

scheint es zweckmäßig, von der herrschenden Sitte abzuweichen, und sie zunächst für die Rechtsgeschäfte im Besonderen, nicht im Allgemeinen für Handlungen überhaupt darzustellen.

[2] Vgl. im Allgemeinen Savigny III §. 106—112

[3] Reyscher über die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. deutsch. R. XIII. 9 (1852). v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861).

[4] §. 8 I. de inut. stip. 3. 19, l. 5 D. de R. I. 50. 17, l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 §. 12 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 §. 12 cit. „Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est". Vgl. Seuff. Arch. III. 139. In etwaigen lichten Zwischenräumen (v. Berg juristische Beobachtungen und Rechtsfälle III. 22) findet jedoch vollständige Handlungsfähigkeit Statt, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70, l. 9 C. qui test. 6. 22, l. 2 C. de contr. emt. 4. 38. Nach neueren Gesetzgebungen fällt dieß weg, sobald eine gerichtliche Wahnsinnigkeitserklärung vorliegt. Arnold a. a. O. S. 49—52.

[5] L. 17 D. qui test. 28. 1. Ueber Trunkenheit vgl. Seuff. Arch. III. 4. 140, XIII. 140. Auch der höchste Grad des Zornes bringt Vernunftlosigkeit mit sich; der Zorn aber an und für sich ist kein Ungültigkeitsgrund. Die zu allgemein redende l. 48 D. de R. I. 50. 17 erhält ihr richtiges Verständniß durch l. 3 D. de div. 24. 2, wo die Rede des Paulus vollständiger wiedergegeben ist.

[6] L. 1 §. 12. 13 D. de O. et A. 44. 7, §. 10 I. de inut. stip. 3. 19.

4) Unerwachsene Personen, welche das Kindesalter zurückgelegt haben, sind nicht vollständig handlungsunfähig, aber sie sind in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt, und zwar nach folgenden näheren Regeln.

a) Geschlechtsunreife (§. 54) können ohne Mitwirkung ihres Vormundes ihre rechtliche Lage nicht verschlechtern; jedes darauf gerichtete Rechtsgeschäft, welches sie ohne Mitwirkung ihres Vormundes vornehmen, ist nichtig[7].

b) Geschlechtsreife Minderjährige (§. 54) können ohne Zustimmung ihres Vormundes kein Rechtsgeschäft abschließen, welches eine Veräußerung enthält; der Mangel der nöthigen Zustimmung hat auch hier Nichtigkeit zur Folge[8].

Da die Kinder keinen wirklichen Willen haben, so kann auch durch Mitwirkung des Vormundes eine Willenserklärung derselben nicht hervorgebracht werden, l. 1 §. 2 D. de adm. 26. 7. Singuläre Ausnahme in l. 32 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Vgl. §. 155 Note 13.

[7] Pr. §. 1 I. de auct. 1. 21, l. 9 pr. — §. 4 D. eod. 26. 8, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1. Mitwirkung des Vormundes: auctoritas tutoris. Ueber die Erfordernisse derselben im Gegensatz des bloßen Consenses s. §. 2 I. de auct. 1. 21. l. 9 §. 5. 6 l. 8 D. eod. 26. 8. Rudorff Recht der Vormundschaft II §. 126. Ihering Geist d. röm. R. III S. 146 sieht den Grund, weßwegen der tutor unmittelbar bei dem Rechtsgeschäft mitwirken muß, lediglich in einer, später weggefallenen, Besonderheit des älteren Rechts. Vgl. übrigens auch II §. 442 Note 3. Testamente werden auch durch die Mitwirkung des Vormundes nicht gültig. Ebenso ist für die Ehe Geschlechtsreife absolutes Erforderniß.

[8] L. 3 C. de i. i. r. min. 2. 22. In dieser Stelle ist nur von Verkäufen die Rede, die Ausdehnung ihrer Vorschrift aber auf alle eine Veräußerung enthaltenden Rechtsgeschäfte (§. 69) unbedenklich. Die Ausnahme, welche die Stelle für den minor sine curatore constitutus macht, ist heutzutage, wo Minderjährige nothwendig einen Vormund haben, unpraktisch. — Die früher herrschende, auch jetzt noch von Vielen festgehaltene Ansicht ging dahin, daß das römische Recht auch die Verpflichtungen, welche der Minderjährige ohne Zustimmung des Vormundes eingehe, für nichtig erkläre, gegen l. 101 de V. O. 45. 1: „Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari", welche Stelle „offenbar nicht interpretirt, sondern nur angenommen sein (will)" (Brinz I S. 43). Vgl. über diese Streitfrage Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 12 (1829), Vangerow I §. 291 Anm. 2, und auf der anderen Seite Puchta §. 51. d und dazu Vorles. I S. 113—115, Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 6; weitere Citate bei Vangerow a. a. O. Nur in Ausnahmefällen hat der Mangel des Consenses des Vormundes nach

c) Veräußerungen Minderjähriger, geschlechtsreifer oder geschlechtsunreifer, sind in gewissem Umfange auch dann nichtig, wenn sie ohne Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde abgeschlossen worden sind. Das Nähere darüber in der Lehre von der Vormundschaft (II §. 441. 442 a. E.)[8a].

d) Gegen jedes an und für sich zu Recht bestehende Rechtsgeschäft, welches in der Minderjährigkeit, gleich viel ob vor oder nach der Geschlechtsreife, abgeschlossen worden ist, kann der Minderjährige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehren (§. 117).[9·9a]

5) Interdicirte Verschwender[9b] stehen den Geschlechtsunreifen

---

römischem Recht Nichtigkeit der Verpflichtung des Minderjährigen allerdings zur Folge, l. 60. 61 pr. D. de I. D. 23 3, l. 26 C. de adm. tut. 5. 37. Vgl. dazu aber Rudorff zu Puchta Vorles. I S. 115 Anm. 6 und S. 114 Anm. 3, Brinz I S. 44. [Bechmann das römische Dotalrecht II S. 22—27.]

8a Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde ohne Zustimmung des Vormundes genügt nicht: Seuff. Arch. II. 198.

9 Dieß sind die römischen Grundsätze. Die heutige Anwendbarkeit derselben ist aber sehr bestritten. Von Vielen wird behauptet, daß es im heutigen Recht einen Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit der impuberes und der der minores (abgesehen von Ehe und Testament) nicht mehr gebe, daß die minores in gleicher Weise wie die impuberes, zwar nicht an die Mitwirkung, aber doch an die Zustimmung ihrer Vormünder gebunden seien. In früherer Zeit war dieß sogar die herrschende Meinung (Glück XXX S. 54), und auch heutzutage wird sie noch von sehr achtungswerthen Stimmen vertreten, s. namentlich Kraut Vormundschaft II S. 97 fg., außerdem Savigny Zeitschr. f. geschichtl. RW. X S. 295—297, Seuffert Pand. §. 257. 502, Sintenis I §. 17 Note 32 u. III §. 145 Note 1, Arndts §. 452 Anm. 1, Gerber deutsch. Privatr. §. 244, Beseler deutsch. Privatr. §. 146. Aber ebensowenig fehlt es und hat es von jeher an Dissentienten gefehlt, s. Glück XXX S. 55 fg. 69 fg. 476 fg., Rudorff Recht der Vormundsch. I S. 114 fg. und II S. 291, Göschen Vorl. über das gemeine Civilr. II. 2 §. 429, Puchta §. 334, Vangerow I §. 291 Anm. 2 a. E., Brinz S. 45, Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 319, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 428. Ihr Hauptargument nimmt die erste Meinung aus der Bestimmung der R. P. O. (1548 Tit. 31 §. 1, 1577 Tit. 32 §. 1) über die Nothwendigkeit der Vormundschaft für minores; aber mehr enthält dieselbe doch auch, wenigstens ihrem Wortlaute nach, nicht. Die bei Seuffert (II. 270, III. 311, XI. 25, XIII. 241) mitgetheilten Urtheile haben sich übrigens sämmtlich für die erste Meinung ausgesprochen.

9a Unerwachsene unter väterlicher Gewalt: Kraut II §. 108; Seuff. Arch. III. 334, VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

9b Vgl. II §. 446 Note 4. — Beginnt die Wirkung der Interdiction

gleich; die Willenserklärungen, welche auf eine Verschlechterung ihrer rechtlichen Lage gerichtet sind, sind ohne Zustimmung ihres Vormundes nichtig[10], und auch die Zustimmung der Obervormundschaft zu ihren Veräußerungen ist in demselben Maße erforderlich, wie bei Geschechtsunreifen (II §. 446 Note 7).

6) Für Personen, welche aus anderen Gründen, als den bisher genannten, unter Vormundschaft gestellt sind, gilt in Betreff ihrer Veräußerungen das Gleiche, wie für Unerwachsene; im Uebrigen ist ihre Handlungsfähigkeit nicht beschränkt (II §. 446 Note 3. 5. 6. 7).

7) Bei juristischen Personen kann ihrem Begriffe nach von Handlungen keine Rede sein; es können ihnen nur die Handlungen anderer Personen als ihre Handlungen angerechnet werden (§. 59).

2. Form der Willenserklärung.

§. 72.

Zur Gültigkeit der Willenserklärung gehört ferner, daß sie die gehörige äußere Beschaffenheit habe. Ist für die Willenserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben[1], und diese Form ist nicht beobachtet, so ist die Willenserklärung nichtig[2]. Die hauptsächlichsten Formen, welche im gemeinen Recht für die Gültigkeit der Willenserklärungen erfordert werden, sind: Zuziehung von

---

schon mit der Zustellung des Interdictionsdecrets an den Interdicirten, oder erst mit der öffentlichen Bekanntmachung? Für das Erstere: Seuff. Arch. XVII. 147. 206, XVIII. 206, XIX. 10; für das Letztere: das. XIX. 115, Sintenis III S. 288 Anm. 19. — Unzulässigkeit freiwilliger Entmündigung: Seuff. Arch. XIII. 9, XV. 136, XVIII. 125.

[10] L. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 10 pr. D. de cur. fur. 27. 10, l. 9 §. 7 D. de R. C. 12. 1, l. 25 D. de fidei. 46. 1. Von den Testamenten der Verschwender gilt dasselbe, wie von den Testamenten Geschlechtsunreifer. Seuff. Arch. XII. 2, XIII. 9. Vgl. die in Note 3 angeführte Schrift von v. Arnold.

§. 72. [1] Ueber die Bedeutung der Form im Allgemeinen und im römischen Recht im Besonderen, und über den Werth derselben, s. außer Savigny III §. 130 vor Allem die treffliche Abhandlung von Ihering Geist d. röm. R. II §. 45—47 (1858), welche übrigens nicht bloß auf Rechtsgeschäfte Rücksicht nimmt. Vgl. auch v. Völderndorff die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechten (1857).

[2] Es ist aber von der Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft in bestimmter

Zeugen[3], schriftliche Aufzeichnung, Beurkundung durch das Gericht[4]. Es kommt auch vor, daß Bestätigung des Gerichtes[5] oder gar des Landesherrn verlangt wird. — Ist eine bestimmte Form für die Willenserklärung nicht vorgeschrieben[6], so kann die Willenserklärung in jeder beliebigen Weise gemacht werden. Es ist in diesem Falle sogar nicht nothwendig, daß die Willenserklärung ausdrücklich gemacht werde, d. h. durch Aeußerungen, welche keine andere Bestimmung haben, als die, diesen Willen zu erklären[7]. Sondern es genügt auch eine stillschweigende Willenserklärung[8], d. h. der Wille wird als gehörig an den Tag gelegt angesehen, wenn ein Benehmen (Thun oder Unterlassen) vorliegt, aus welchem auf das Vorhandensein des Willens ein sicherer Schluß gezogen werden kann[9]. Wann

---

Form errichtet werden müsse, zu unterscheiden die Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft nur durch gewisse Beweismittel, z. B. Urkunden, solle bewiesen werden können. Im Zweifel ist nicht das Letztere als der Sinn einer Formvorschrift anzusehen.

[3] Ueber den Unterschied zwischen Solemnitäts- und Beweiszeugen s. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 293—295, Unger II §. 90 Note 13.

[4] Dafür haben die Quellen den Ausdruck: actis, gestis insinuare (acta, gesta = das Gerichtsprotokoll). Auch heutzutage spricht man noch von gerichtlicher Insinuation oder Insinuation schlechthin.

[5] In diesem Falle muß das zuständige Gericht thätig werden, während die bloße Beurkundung durch jedes Gericht geschehen kann. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 299—302.

[6] Man nennt die Willenserklärung, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, eine formlose — dem Sprachgebrauche gemäß, und deßwegen nicht weniger mit Recht, weil auch sie, wie jedes Ding, eine äußere Erscheinung (Form in diesem Sinne) hat.

[7] Eine ausdrückliche Willenserklärung kann nicht bloß durch Worte, sondern auch durch Geberden gemacht werden, l. 52 §. 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 pr. D. de leg. III° 32.

[8] Besondere Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Kori Abhandlung über stillschweigende Willenserklärung in rechtlichen Geschäften (1817). Heyne de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840). Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 270—311 (1866). S. außerdem Savigny III §. 131. 132, Unger II §. 85, Holzschuher I §. 36 Nr. 2, Schliemann Lehre vom Zwange (1861) §. 12.

[9] L. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat". L. 95 D. de A. v. O. H. 29, 2. „Recusari hereditas non tantum verbis

dieß der Fall sei, darüber lassen sich nähere Regeln nicht angeben; es ist auf die Umstände des einzelnen Falles zu sehen. Auch Schweigen kann unter Umständen als genügender Willensausdruck anzusehen sein[10]. — Eine ausdrückliche Erklärung, durch welche sich Jemand dagegen verwahrt, daß in seinem Benehmen eine stillschweigende Willenserklärung gefunden werde, nennt man eine Protestation, — speciell eine Reservation, wenn sie den Zweck hat, den Schluß auf einen Verzicht abzuweisen[11].[12]

---

sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis". L. 5 D. ratam rem 46. 8. „Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu; denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem". Andere Beispiele in: §. 7 I. de her. qual. 2. 19, l. 20 D. de A. v. O. H. 29. 2 — l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14, l. 7 C. de rem. pign. 8. 26, l. 14 C. de solut. 8. 43 — l. 13 §. 11 D. loc. 19. 2 — l. 26 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. 20. 2 — l. 37 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. — Seuff. Arch. IV. 8. — Schliemann a. a. O. will von einer stillschweigenden Willenserklärung schon dann gesprochen wissen, wenn der zum Zwecke der Willenserklärung gemachten Aeußerung nicht von der allgemeinen Sitte die Bestimmung, Ausdruck des Willens zu sein, beigelegt werde, — aus ungenügenden Gründen. Richtig dagegen ist die Bemerkung, daß in einer ausdrücklichen Willenserklärung auch eine stillschweigende liegen kann, so z. B. in der Entlastung eines Erbschaftsschuldners der Antritt der Erbschaft.

[10] Das c. 43 de R. I. in VI°, welches zu allgemein sagt: „qui tacet consentire videtur", wird durch die unmittelbar folgende Stelle (c. 44 eod.) corrigirt: „is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur". Letztere Stelle wiederholt dem Inhalt nach die l. 142 D. de R. I. 50. 17. Fälle, in welchen die Quellen in dem Schweigen eine stillschweigende Willenserklärung finden, s. in l. 7 §. 1 l. 12 pr. D. de spons. 23. 1, l. 5 C. de nupt. 5. 4, l. 5 D. de adopt. 1. 7. l. 12. 16 D. de SC. Mac. 14. 6. l. 19 D. de aqua 39. 3. Vgl. Seuff. Arch. I. 40, IV. 211, V. 117, X. 252, XI. 80. Kierulff Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 22.

[11] Beispiele: l. 20 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 14 §. 7. 8 D. de relig. 11. 7, l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; l. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12 D. de evict. 21. 2. — Die Protestation ist aber nur dann wirksam, wenn die betreffende Handlung eine andere Auslegung als die abgelehnte möglicherweise zuläßt, nicht die s. protestatio facto contraria. So würde z. B. eine Protestation in den Fällen der l. 57 pr. D. de pactis 2. 14 (vgl. l. 2 §. 6 D. de doli exc. 44. 4) und l. 5 D. ratam rem 46. 8 unwirksam sein. Vgl. Seuff. Arch. III. 315.

[12] Es kommt im römischen Recht auch vor, daß rechtliche Folgen, welche ohne alle Willenserklärung eintreten, vorgestellt werden als auf einer Willens-

3. Willenserklärung durch Andere*.

§. 73.

Die Erklärung des Willens kann, insofern die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch durch einen Andern erfolgen[1]. Wenigstens ist dieß die Regel; eine Ausnahme findet namentlich beim Testamente Statt.

Mit dem Gesagten ist gemeint, daß Jemand den Willen, welchen er hat, durch einen Andern erklären, daß derjenige, welcher

---

erklärung beruhend. In dieser Weise werden z. B. die gesetzlichen Pfandrechte (vgl. namentlich Dig. 20. 2 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur) behandelt. So wird ferner der Satz, daß, wenn die Tochter wahnsinnig sei, der Vater die an sie gefallene Dos auch ohne ihre Einwilligung einziehen könne, in l. 2 §. 2 D. sol. matr. 24. 3 so ausgedrückt: da die Tochter nicht widerspreche, sei sie als einwilligend anzusehen. Man spricht in einem solchen Falle von einer fingirten Willenserklärung; vgl. Savigny III §. 133 (der aber auch Fälle hierher zählt, welche nicht hierher gehören, bei welchen entweder die Quellen den bezeichneten Gesichtspunkt nicht anlegen [s. l. 35 pr. D. de proc. 3. 3, l. 21 C. eod. 2. 13], oder in denen eine stillschweigende Willenserklärung vorliegt [l. 4 §. 1 l. 7 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6]). Besser gibt man die ganze Vorstellung auf, da weder ein Nutzen von derselben abzusehen ist, noch in den Quellen selbst irgendwelches Gewicht auf sie gelegt wird. Vgl. auch Böcking I §. 118 Anm., Unger §. 85 Note 17, Burckhard a. a. O. S. 305–311.

* Mühlenbruch Cession §. 5. 9—14 (3. Aufl. 1836). Savigny III §. 113 (1840). Ruhstrat Arch. f. d. Praxis des Oldenb. Rechts I S. 60 fg. (1843). Ders. Arch. f. civ. Pr. XXX. 12 (1847). Wächter II §. 88 (1851). Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen (1852), und dazu Brinz krit. Blätter Nr. 2 (1852) und Dernburg Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 1 fg. (1853). Savigny Obligationenrecht II §. 54—56 (1853). v. Scheurl krit. Ueberschau I. 14 (1853). Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung (1854). Vangerow III §. 608 Anm. (1856). Kuntze die Obligation ꝛc. S. 264—301 (1856). Ihering Jahrb. f. Dogm. I. 7 (1857). Unger II §. 90 (1857). v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II. 1. (1858). Ihering das. II. 3 (1858). Sintenis I S. 145—147. II §. 102 (1860. 1861). Laband Zeitschr. f. Handelsr. X. 4 (1866).

[1] L. 2 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 3 l. 15 D. de pec. const. §. 73.
13. 5. Ueber den Unterschied zwischen dem „Boten (nuntius)" und dem „Stellvertreter" s. Ihering I S. 274 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 295. 299, Laband a. a. O. S. 189—193, Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 39. S. auch Note 16 z. A. [Platner Arch. f. civ. Pr. L S. 231 fg.]

die Erklärung thatsächlich abgibt, Organ der Aeußerung eines fremden Willens sein könne. Es entsteht aber die Frage, ob Jemand durch einen Andern auch in der Weise rechtlich thätig werden kann, daß dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt, mit der Bestimmung, daß die Willenserklärung als von demjenigen ausgegangen gelten soll, in dessen Namen er sie abgibt[2]. Diese Frage hat das römische Recht im Principe ververneint[3], indem es den Ausweg eröffnet, daß der Vertreter die Handlung in eigenem Namen und zunächst mit Wirkung für sich selbst vornehme, hinterher aber die für ihn entstandenen Rechte

[2] Man drückt diese Frage gewöhnlich so aus: ist bei Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig? Im Texte ist dieser Ausdruck vermieden worden, weil er in der That die Frage nicht präcis bezeichnet. Denn eine Stellvertretung liegt auch da vor, wo Jemand Organ der Aeußerung eines fremden Willens ist; derselbe ist nur nicht Vertreter in Betreff des Willens, sondern Vertreter in Betreff der Erklärung des Willens. Ja Stellvertretung ist auch da vorhanden, wo Jemand, der die Geschäfte eines Anderen führt, in Folge und auf Grund dieser Geschäftsführung ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne im Geschäfte selbst als Stellvertreter hervorzutreten, also auf eigenen Namen und für sich, sich vorbehaltend, die dadurch erzeugten Wirkungen später auf den Principal zu übertragen (s. das im Text sogleich Folgende). Man hat zwar für den einen wie für den anderen Fall geleugnet, daß in demselben eine Stellvertretung vorliege, aber offenbar im Widerspruch mit dem Sprachgebrauch; wie das denn für den letzteren Fall auch von Anderen anerkannt worden ist, welche in ihm von einer mittelbaren oder unvollkommenen Stellvertretung reden. Daraus folgt, daß der Begriff der Stellvertretung ein viel zu allgemeiner ist, um juristisch brauchbar zu sein. Stellvertretung liegt überall da vor, wo Jemand statt eines Andern handelt; aber das kann, wie aus dem Gesagten hervorgeht, in sehr verschiedener Weise geschehen. Vgl. noch Arndts §. 76 Anm. 1. 2. — Fast noch mehr, als durch die Verkennung dieses Punktes ist die Lehre von der Stellvertretung dadurch verwirrt und verdunkelt worden, daß man auch den Erwerb und die Verpflichtung der Gewalthaber durch die ihrer Gewalt Unterworfenen hineingezogen hat, obgleich hier der Handelnde nicht, oder doch nicht nothwendig, die Absicht hat, für einen Andern zu handeln (vgl. Noten 6—9). — Um die Reinigung des Begriffs der Stellvertretung haben sich namentlich verdient gemacht Brinz, Scheurl, Ihering in den oben genannten Abhandlungen.

[3] L. 6 C. si quis alteri 4. 50. — „Si . . ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesiisti, dum quae tibi non vis nec illi potes“.

und Verbindlichkeiten auf den Principal übertrage[4], wobei es unter Umständen in der Weise zur Hülfe kommt, daß es den Uebertragungsact für überflüssig erklärt und auch ohne denselben die Rechte und Verbindlichkeiten als übergegangen annimmt[5]. Das römische Recht ist aber nicht im Stande gewesen, das aufgestellte Princip ohne Ausnahmen durchzuführen. Eine solche Ausnahme liegt zwar nicht in dem Erwerbe der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen[6]; hier wird das bezeichnete Princip durch ein anderes Princip durchbrochen, kraft dessen die Erwerbshandlungen der Gewaltunterworfenen nach rechtlicher Nothwendigkeit, also auch wenn die Gewaltunterworfenen es nicht wollen, als Handlungen der Gewalthaber gelten[7]. Eine solche Ausnahme liegt auch nicht in der unter Umständen eintretenden Verpflichtung der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen[8]; auch hier handelt es sich nicht um Handlungen, welche als Handlungen eines Andern gelten wollen, sondern um Handlungen, welche Jemand in eigenem Namen vornimmt, denen aber das Recht außer für ihn auch Wirkungen für einen Andern beilegt[9]. Eine solche Ausnahme liegt aber nament-

---

[4] Es ist klar, daß ein anderer Ausweg noch näher gelegen haben würde, der, daß der Vertreter zwar in eigenem Namen handelte, aber mit der Bestimmung, daß seine Handlung nicht für ihn, sondern für den Andern, den er vertreten wollte, Wirkung haben solle. Aber diesem Auswege stellte sich ein anderes Princip des römischen Rechts entgegen, wornach nur diejenige Willenserklärung (unter Lebenden) anerkannt wird, welche auf die Erzeugung von rechtlichen Wirkungen für die eigene Person des Erklärenden gerichtet ist. L. 1 C. per quas pers. 4. 27. „Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est". L. 11 D. de O. et A. 44. 7. Freilich ist auch dieses Princip so wenig wie das andere ausnahmslos durchgeführt worden. S. II §. 316 Nr. 2.

[5] Vgl. II §. 313 Note 2, II §. 442 Note 2, II §. 482.

[6] Ulp. XIX. 18, Gai. II. 86—90, pr. §. 3 I. per quas pers. 2. 9.

[7] §. 4 i. f. 13 I. de inut. stip. 3. 19; vgl. l. 79 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[8] Gai. IV. 69—74, tit. I. quod cum eo 4. 7.

[9] S. II §. 482—484.

lich[10] in der zugelassenen Möglichkeit des Erwerbes des Besitzes, und dadurch des Eigenthums, für einen Anderen[11], so wie darin, daß für einen Andern unter Umständen ein Pfandrecht erworben[12], und eine Erbschaft angetreten werden kann[13]. Trotz dieser Ausnahmen hat das Princip selbst im Justinianischen Rechte noch seine volle Geltung behalten[14]. Dagegen gilt es im heutigen

---

[10] Ueber einen anderen wichtigen hierher-gehörigen Fall s. II §. 313 Note 3.

[11] Auch diese Möglichkeit ist erst allmälig anerkannt worden, vgl. l. 41 D. de usurp. 41. 3 mit l. 1 C. de acq. poss. 7. 32. Was den Eigenthumserwerb angeht, s. §. 5 I. per quas pers. 2. 9, l. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. — Zunächst lag doch auch in der Zulassung des Besitzerwerbes durch einen freien Vertreter keine Ausnahme von dem aufgestellten Princip. Denn derjenige, welcher für einen Andern mit dem Willen desselben Besitz ergreift, vertritt denselben nicht in einer Willenserklärung, sondern in dem factischen Haben der Sache; er ist Organ nicht seines Willens, sondern seiner factischen Beherrschung der Sache. Ebenso läßt sich sagen, daß auch bei dem an den Besitz angeknüpften Eigenthumserwerb der Vertreter, welcher zu dem was er thut speciell beauftragt worden ist, nicht seinen eigenen Willen im Namen des Anderen erklärt, sondern nur Träger und Ueberbringer des fremden Willens ist. Aber weder die eine noch die andere Auffassung ist da möglich, wo der Auftrag des Vertretenen so allgemein ist, daß der Vertreter in der Besitzergreifung und dem Eigenthumserwerb seinen eigenen Entschluß ausführt, oder wo der Vertretene gar willenlos, Kind, wahnsinnig, juristische Person ꝛc. ist. In diesen Fällen liegt in der That eine eigene Handlung des Vertreters vor, welche aber als Handlung des Vertretenen rechtlich angesehen wird. Vgl. §. 155 Note 10.

[12] Nach Justinian's Bestimmung in l. 2 C. per quas pers. 4. 27. Nach dieser Stelle ist l. 11 §. 6 D. de pign. act. 13. 7 interpolirt („plerumque", „semper"). Auch l. 21 pr. D. de pign. 20. 1 hält man für interpolirt; vgl. aber auch Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 214, Dernburg Pfandr. I S. 204, v. Scheurl krit. VJSchr. II S. 444, Schmid Cession I S. 426 fg.

[13] Namentlich bei der bonorum possessio. Man versteckte sich hier hinter den Namen, um dem Bedürfniß des Lebens gerecht werden zu können Das Nähere im Erbrecht [III §. 596 Note 11].

[14] Nach einer namentlich von Savigny (s. besonders Obligationenrecht II S. 42 fg.) vertretenen Ansicht steht die Sache im Justinianischen Rechte so, daß bei allem naturalen Erwerb (welchen Savigny mit dem formlosen identificirt) Stellvertretung (in dem hier in Betracht kommenden Sinne) zugelassen sei, nicht aber bei dem civilen. Diese Ansicht wird gestützt auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1. „Ea quae civiliter acquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur,

Rechte nicht mehr; es ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt. Für das heutige Recht bildet es umgekehrt die Regel, daß Rechtsgeschäfte durch einen Anderen auch in der Weise abgeschlossen werden können, daß dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt. Sobald Jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, daß er im Namen eines Anderen handele[15], hat seine Willenserklärung, vorausgesetzt, daß er die Grenzen seiner Vertretungsbefugniß (§. 74) nicht überschritten hat, für ihn gar keine Wirkung[15a], für denjenigen aber, für welchen er handelt, die gleiche, als hätte dieser die Willenserklärung selbst abgegeben[16]. Von der anderen Seite[16a] ist

---

sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquiritur". Nach meiner Meinung ist aber in dieser Stelle nicht von dem Gegensatz zwischen ius civile und ius naturale, sondern von dem Gegensatz zwischen Recht und Thatsache die Rede; der Erwerb des Besitzes für einen Andern ist Begründung einer Thatsache für denselben, nicht Begründung eines Rechtes. Vgl. Note 11 und §. 148 Note 12. Diese Erklärung ist auch schon von Anderen aufgestellt worden, s. Mühlenbruch Cession S. 44 Note 71, Ruhstrat a. a. O. (1854) S. 36, Wächter II S. 677. Puchta (Inst. II §. 203. n, Vorles. zu Pand. §. 52), welcher sich ebenfalls gegen Savigny erklärt hat, beseitigt die Stelle auf eine sehr willkürliche und doch nicht genügende Weise.

[15] Ob er aber dann sagt, z. B. ich kaufe, im Namen meines Principals, oder für meinen Principal, oder einfach ich kaufe, ist gleichgültig. Indem er sich bei dem Abschluß des Rechtsgeschäfts als Vertreter zu erkennen gibt, hat er hinlänglich an den Tag gelegt, daß er seine Willenserklärung rechtlich nicht als die seinige, sondern als die des Principals angesehen wissen will. Ruhstrat a. a. O. (1854) S. 45—50, Laband a. a. O. S. 214—217.

[15a] Vgl. jedoch Seuff. Arch. XIX. 231.

[16] Das Gewohnheitsrecht, auf welches dieser Satz im Texte gegründet worden ist, wird bewiesen durch die Anführungen bei Buchka S. 121 fg. 158 fg. und einen Blick auf das heutige Verkehrsleben. S. auch Seuff. Arch. V. 13, VI. 33, VIII. 255, XI. 149, XIII. 93. 313, XV. 111, XVII. 240. Vgl. c. 68. 72 de R. I. in VI° 5. 13, c. 24 de praeb. in VI° 3. 5, c. 2 de usur. in VI° 5. 15. HGB. Art. 52 (II §. 313 Note 4). 298. 230. 241. Nicht beizutreten ist der Art und Weise, wie Savigny (Obligationenrecht II §. 56. 57) den bezeichneten Satz aus dem römischen Recht selbst herzuleiten versucht hat. Savigny beruft sich auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, nach welcher im Justinianischen Recht die Stellvertretung nur noch bei der heutzutage unpraktischen Stipulation ausgeschlossen sei — s. darüber Note 14, — sowie auf die bereits im römischen Recht zugelassene Abschließung eines Rechtsgeschäftes durch Boten (nuntii), indem er den Begriff des Boten auf

es thatsächlich immer der Wille des Vertreters, welcher erklärt wird, und daher ist nicht nur die Frage, ob der erklärte Wille wirklich vorhanden ist, aus seiner Person und nicht aus der des Vertretenen zu beantworten[17], sondern auch bei der ferneren Beurtheilung der Gültigkeit und Wirkung der Willenserklärung, so weit dabei Regeln zur Anwendung kommen, die einen gewissen Zustand des Innern

---

alle Fälle des Handelns im Namen eines Dritten ausdehnt; gegen das Letztere ist (abgesehen von Anderem, vgl. Thöl Handelsrecht I. S. 147—149) die Bemerkung genügend, daß der Principal auch willensunfähig sein kann. — Es wird aber der im Texte aufgestellte Satz nicht von allen Schriftstellern anerkannt, und namentlich für obligatorische Rechtsgeschäfte von Vielen behauptet, daß durch dieselben auch heutzutage noch zunächst und unmittelbar der Vertreter berechtigt und verpflichtet werde, s. Puchta §. 52. 273 und dazu Vorles., Vangerow III S. 314—316, Kuntze a. a. O., v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 27, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288, Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 32—50, vor Allem aber Thöl Handelsrecht I §. 25 Anm. 2. Der Grundgedanke der Thöl'schen Polemik ist, daß der Contract des Einen nicht der Contract des Andern sein könne. Gewiß kann die Thatsache, daß A. contrahirt hat, nicht die Thatsache sein, daß B. contrahirt hat; aber darum handelt es sich hier auch nicht. Es handelt sich darum, daß der Contract des Einen als der Contract des Andern gedacht, vorgestellt (wie man sich gewöhnlich ausgedrückt, fingirt [§. 67 a. E.]) werde, daß der Contract des Einen dem Andern als sein Contract angerechnet werde. Nicht anders behandelt das römische Recht die Erwerbshandlungen des Gewaltunterworfenen, der „patris vel domini voce loqui videtur" (§. 13 I. de inut. stip. 3. 19). Ebenso §. 4. eod.: — „filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt". Ferner l. 42 D. de damno inf. 39. 2. „Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur, ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur". Daher: „Placet, quotiens acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cuius quis in potestate est, confestim acquiri ei, cuius est in potestate, *neque momento aliquo subsistere in persona eius, per quem acquiritur*" (l. 79 D. de A. v. O. H. 29. 2). Vgl. noch II §. 313 Note 4.

[16a] Vgl. zum Folgenden Buchka a. a. O. S. 237 fg., Dernburg a. a. O. S. 17 fg., Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 269—276, Kuntze a. a. O. S. 285, Sintenis I S. 147. II S. 363. 370, Laband a. a. O. S. 224—229.

[17] Wenn z. B. der Vertreter sich in einem wesentlichen Irrthum befindet (§. 76), so ist die Willenserklärung auch für den Vertretenen nichtig, wenngleich dieser den Irrthum nicht theilt, d. h. das von dem Vertreter Erklärte wirklich will. Er hat seinen Willen nicht erklärt, der Vertreter das Erklärte nicht gewollt. Vgl. l. 12 D. de contr. emt. 18. 1.

des Urhebers des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben[18], auf seine und nicht auf des Vertretenen Person zu sehen[19].

§. 74.

Das Recht, ein Rechtsgeschäft im Namen eines Anderen abzuschließen, kann begründet sein: 1) in einem öffentlichen Amte, z. B. der Vormundschaft; 2) in der Verfassung einer juristischen Person; 3) in einer von dem Geschäftsherrn ertheilten Vollmacht[1].

---

[18] Wenn der Vertreter bei einem Kauf den Fehler der gekauften Sache kennt, so hat der Vertretene wegen des Fehlers keinen Anspruch, wenngleich derselbe ihm unbekannt war. Vgl. l. 51 pr. D. de aed. ed. 21. 2; auch l. 16 §. 3 D. de lib. causa 40. 12 (über l. 17 eod. s. Mühlenbruch Cession S. 127, Buchka S. 60, [Schmid Cession II S. 187—189. 399]). Ist der Vertreter zu der Willenserklärung durch Zwang oder Betrug bestimmt worden, so ist sie auch für den Vertretenen ungültig, obgleich derselbe nicht gezwungen oder betrogen worden ist. — Dagegen ist in allen anderen Beziehungen die Gültigkeit und Wirkung der Willenserklärung aus der Person des Vertretenen zu beurtheilen, und nicht aus der Person des Vertreters. So ist die Willenserklärung für den Vertretenen nicht ungültig, wenn der Vertreter minderjährig ist (vgl. l. 7 §. 2 D. de inst. act. 14. 3 — anders wenn derselbe wahnsinnig ist, denn dann liegt gar nicht die Erklärung eines Willens vor). Wäre etwa für den Vertreter eine Form vorgeschrieben, nicht für den Vertretenen, so bedürfte die Willenserklärung einer Form nicht, und ebenso umgekehrt, u. s. w.

[19] Möglicherweise freilich kann es auch zugleich auf den Zustand des Inneren des Vertretenen ankommen, und es ist dieß wirklich der Fall, wenn derselbe zum Abschluß des Rechtsgeschäfts einen speciellen Auftrag gegeben hat. Wenn er z. B. Auftrag zum Ankauf einer bestimmten Sache in Kenntniß ihrer Fehlerhaftigkeit gegeben hat, so kann er aus ihrer Fehlerhaftigkeit einen Anspruch nicht erheben, wenngleich dieselbe dem Vertreter unbekannt war. Ebenso ist das von dem Vertreter ohne Zwang oder Verleitung durch Betrug abgeschlossene Rechtsgeschäft für den Vertretenen ungültig, wenn Zwang oder Betrug angewendet worden sind, um ihn zur Ertheilung des Auftrags zu bestimmen. Vgl. l. 51 pr. i. f. D. de aed. ed. 21. 1, l. 13 D. de contr. emt. 18. 1, l. 16 §. 3. 4 D. de lib. causa 40. 12; l. 2 D. de litig. 44. 6 (Mühlenbruch Cession §. 13 Note 258, Buchka S. 15).

[1] Die Römer bezeichnen die Vollmacht mit dem nämlichen Ausdruck, mit §. 74.
welchem sie auch den Auftrag bezeichnen (mandatum), s. z. B. l. 42 §. 2 D. de proc. 3. 3. Unsere Rechtssprache ist reicher; Auftrag bezeichnet, daß Einer für einen Andern etwas thun muß, Vollmacht, daß Einer für einen Andern etwas zu thun die rechtliche Macht hat. Allerdings kann in dem Auftrage zum Vollzuge eines Rechtsgeschäftes auch eine Vollmacht liegen; aber es ist dieß nicht nothwendig der Fall: der Auftrag kann auch darauf gerichtet sein, daß der Be-

Der Umfang der Vollmacht muß, wo er zweifelhaft ist, durch Auslegung gefunden werden[2].

Hat Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen, ohne dazu berechtigt zu sein, so kommt es darauf an, ob der Andere das Rechtsgeschäft genehmigt[3], oder nicht. Bis sich dieß entscheidet, befindet sich das Rechtsgeschäft in dem Zustand der Schwebe; seine rechtliche Wirkung ist nicht negirt, sondern suspendirt[4]. Erfolgt die Genehmigung, so wird dadurch

---

auftragte bloß für sich handeln solle. Ebenso kann es eine Vollmacht geben ohne Auftrag. Vgl. hierzu Laband (§. 73*) S. 203 fg. [Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 72 fg.] — Die Vollmacht in ihrer Richtung auf den dritten Contrahenten, insofern nämlich der Vollmachtgeber in der Vollmacht dem dritten Contrahenten gegenüber erklärt, das von diesem mit dem Bevollmächtigten abgeschlossene Rechtsgeschäft als mit sich abgeschlossen anerkennen zu wollen, bezeichnen die Römer als iussus. Vgl. II §. 412 Note 8a, II §. 482 Note 6.

[2] Die Unterscheidung der Vollmacht in eine generelle und specielle hilft dabei nicht; es sind dieß rein relative Begriffe: eine Vollmacht ist generell oder speciell, je nach dem sie genereller oder specieller ist, als eine andere. Ueber die Auslegung einer Vollmacht zur Verwaltung des ganzen Vermögens s. l. 58. 60. 63 D. de proc. 3. 3, l. 11 §. 7 l. 12 D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. D. de don. 39. 5, l. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, c. 4 de proc. in VI° 1. 19. Vgl. Sintenis II S. 570—575. Ueber die Bevollmächtigten des HGB. s. Laband a. a. O. S. 218 fg.

[3] Ratum habere, ratihabitio. Von Genehmigung und ratihabitio wird übrigens nicht bloß bei Rechtsgeschäften, welche ein Anderer in unserem Namen abgeschlossen hat, gesprochen (s. §. 81 Note 8, §. 83 Note 4. 8), ferner nicht bloß bei Rechtsgeschäften (vgl. z. B. l. 1 §. 14 D. de vi 43. 16, l. 13 §. 6 D. quod vi aut clam. 43. 24); genehmigen heißt im Allgemeinen: eine (fremde) Handlung billigen, gutheißen. Von der Genehmigung überhaupt handeln: Hufeland Abhandl. aus dem Civilrecht I Nr. 4 (1814), Beckhaus über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1859), und die Inauguraldissertationen von Busse (1834), Agricola (1848), Gregory (1864, vgl. krit. VJSchr. VI S. 414—416). Vgl. über diese schwierige und bestrittene Lehre außerdem: Wächter II §. 100, Böcking I §. 116. o sqq., Vangerow I §. 88 Anm., Sintenis I S. 156 fg., Unger II §. 92, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 295—302, Dernburg Pfandrecht I S. 207—209. 229—231. [L. Seuffert die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1868). Darüber Regelsberger krit. VJSchr. XI S. 361 fg. G. Polignani la dottrina della Ratihabitio (1869). Darüber Windscheid krit. VJSchr. XII S. 152 fg.]

[4] Das Rechtsgeschäft ist nicht ungültig, es befindet sich in derselben Lage, wie das bedingte Rechtsgeschäft (§. 89). Daher ist der andere Contrahent

der Mangel der ursprünglichen Berechtigung des Vertreters ersetzt, und das Rechtsgeschäft wird für den Genehmigenden wirksam, als wenn es von Anfang an mit seiner Vollmacht abgeschlossen worden wäre[5]. Dieß gilt nicht bloß für den Inhalt des Rechtsgeschäftes, sondern auch für die Zeit, mit welcher seine Wirksamkeit beginnt; mit anderen Worten, die Genehmigung hat rückwirkende Kraft. Aus allgemeinen Gründen läßt sich das zwar in dieser Unbedingtheit nicht rechtfertigen; aber es ist im römischen Recht ausdrücklich so bestimmt[6]. Jedoch kann der Genehmigende erworbene Rechte Dritter, wie er über dieselben überhaupt keine Macht hat, auch durch seine Genehmigung nicht verkürzen; ihnen gegenüber scheitert

---

auch vor erfolgter Genehmigung gebunden. Dieser wichtige Satz wird bewiesen durch l. 24 D. de neg. gest. 3. 5. Vgl. auch l. 65 §. 8 D. pro soc. 17. 2. Seuff. Arch. XV. 223. Auch durch den Stellvertreter, welcher selbst kein Recht erlangt hat, kann der andere Contrahent aus der Gebundenheit nicht entlassen werden. Brinz krit. Blätt. II S. 40, Seuff. Arch. XIV S. 210. 211; a. M. Buchka S. 211, Seuff. Arch. VII. 273; vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288. Noch weniger schadet Tod oder eintretende Willensunfähigkeit des Stellvertreters vor der Genehmigung, l. 24 §. 1 D. ratam rem 46. 8. Tod des Vertretenen vor der Genehmigung? S. II §. 313 Note 7.

[5] „Ratihabitio mandato comparatur". L. 12 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. de R. I. 50. 17, c. 10 in VI° de R. I. 5. 13. Durch die Genehmigung gelangt zur Wirksamkeit das damals abgeschlossene Rechtsgeschäft, nicht aber ein in der Genehmigung liegendes neues. (A. M. Wächter II S. 682, welcher der Genehmigung als solcher nur insofern Wirkung zugestehen will, als durch das genehmigte Rechtsgeschäft ein noch jetzt fortbestehendes „factisches Verhältniß" erzeugt worden sei). Daher braucht bei der Genehmigung die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form nicht wiederholt zu werden, wenn sie von dem Vertreter gewahrt worden ist (l. 24 pr. D. ratam rem 46. 8). Wie ist es, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts an eine gewisse Frist gebunden ist, und die Genehmigung erfolgt erst nach Ablauf derselben? Die so eben citirte l. 24 pr. D. ratam rem entscheidet, daß sie dann unwirksam sei. Diese Entscheidung ist aber inconsequent, und unvereinbar mit dem von l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (s. d. folgende Note) aufgestellten allgemeinen Princip.

[6] Man bemerke: 1) es ist keinem Zweifel unterworfen, daß der Genehmigende durch die Genehmigung sich das Rechtsgeschäft aneignet, wie es abgeschlossen worden ist, also auch seinem Zeitverhältniß nach. 2) Daraus folgt aber an und für sich nur, daß er demjenigen, welchem gegenüber er die Genehmigung ausgesprochen hat, verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die Wirkung des Rechtsgeschäfts schon damals eingetreten; aber es folgt

also die rückwirkende Kraft der Genehmigung[7]. — Erfolgt die Genehmigung nicht, so hat das Rechtsgeschäft für den Vertretenen gar keine Wirkung; aber auch keine für den Vertreter, welcher ja für sich keine Wirkung hat erzeugen wollen. Nur ist derselbe bei Verträgen, insofern er für die Ertheilung der Genehmigung oder das Dasein der Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend die Garantie übernommen hat[7a], verpflichtet, dem andern Contrahenten sein Interesse zu vergüten[8].

---

daraus nicht, daß diese Wirkung als damals wirklich eingetreten auch vom Rechte anerkannt wird; denn damals entsprach nun einmal das Rechtsgeschäft den Anforderungen des Rechts nicht. 3) Für entscheidend muß jedoch gehalten werden die allgemeine Verfügung Justinian's in l. 25 i. f. C. de don. i. v. e. u. 5. 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“ (vgl. l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28, c. 10 de R. I. in VI° 5. 13). S. darüber §. 83 Note 10. L. 56 D. de iud. 5. 1 und l. 6 §. 1 D. de pign. 20. 1. reden von unserem Fall der Genehmigung nicht; bei l. 71 §. 1. 2 D. de sol. 46. 3 und l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8 bleibt dieß zweifelhaft. S. über diese Stellen §. 83 Note 6.

[7] Das ist deßwegen nicht weniger sicher, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt wird.

[7a] Eine stillschweigende Garantieübernahme dieser Art liegt in jedem Contrahiren in fremdem Namen durch einen Nichtbevollmächtigten, welches ohne Angabe des Mangels der Vollmacht erfolgt, vorausgesetzt daß der Contrahent nicht annehmen durfte, dieser Mangel sei dem Gegner bekannt.

[8] Und also, insofern das Interesse des anderen Contrahenten hierauf geht, den Vertrag selbst zu erfüllen, vgl. Seuff. Arch. VI. 33, VIII. 255, XII. 156. Aber der Grund dieser Verpflichtung ist eben die übernommene Garantie, nicht der in fremdem Namen abgeschlossene Vertrag. A. M. Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. 6 von der in §. 73 Note 16 bezeichneten Auffassung aus. — Das HGB. Art. 55 läßt den Stellvertreter nach Wahl des andern Contrahenten „auf Schadenersatz oder Erfüllung“ haften. Vgl. A. D. Wechselordn. Art. 95. — Laband a. a. O. S. 229 fg. verwendet zur Construction der Entschädigungspflicht des Vertreters den von Jhering aufgestellten Begriff der culpa in contrahendo, von dem aus aber nur zur Prästation des s. g. negativen Vertragsinteresse zu gelangen ist. Vgl. II §. 307 Note 5, II §. 308 Note 6, II §. 315 Note 7. Laband leitet aus diesem Ausgangspunkt (mit Unrecht, s. Jhering Jahrb. f. Dogm. IV nam. S. 34. 41. 92) den meiner Ansicht nach auch an und für sich nicht richtigen Satz her, daß der Stellvertreter nicht hafte, wenn er sich über den Mangel seiner Vertretungsbefugniß in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. Dawider auch Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 293.

4. Wirklichkeit des erklärten Willens.

§. 75*.

Dasjenige, was als gewollt erklärt ist, kann möglicherweise nicht wirklich gewollt sein. Wer dieß behauptet, muß es beweisen[1]; steht es aber fest, so ist die abgegebene Willenserklärung ohne alle rechtliche Wirkung.

Daß der Erklärung ein wirklicher Wille nicht entspricht, kann entweder dem Erklärenden bewußt sein, oder es kann ihm nicht bewußt sein.

Unter den Fällen der ersten Art ist der praktisch wichtigste[2] der der Simulation. Man bezeichnet mit diesem Ausdruck die Erklärung eines nicht wirklichen Willens, welche Jemand zu dem Ende vornimmt, um den Schein eines Rechtsgeschäfts hervorzurufen. Möglicherweise kann er dabei ein anderes Rechtsgeschäft wirklich gewollt haben; dann entsteht die Frage, ob nicht wenigstens dieses letztere zu Stande gekommen sei. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob 1) die abgegebene Erklärung als ein gehöriger Ausdruck des vorhandenen Willens angesehen werden kann, und 2) ob nicht, was häufig der Fall sein wird, das Recht diesen Willen wegen seines Inhalts mißbilligt[3].

---

* Savigny III §. 134.

[1] Damit ist gesagt, daß eine s. g. reservatio mentalis ohne alle rechtliche Bedeutung ist; denn ein innerer Vorgang kann nicht bewiesen werden. Wenn Jemand sagt: ich will, so wird so lange angenommen, daß er wirklich wolle, bis aus objectiv erkennbaren Thatsachen sein Nichtwollen dargethan ist. Vgl. Savigny III S. 259, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 74. 75. §. 75.

[2] Andere Fälle s. in l. 24 D. de test. mil. 29. 1, l. 3 §. 2 D. de O. et A. 44. 7.

[3] Cod. IV. 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; l. 54 D. de O. et A. 44. 7, l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 §. 5 D. de in diem add. 18. 2, l. 30 D. de R. N. 23. 2, l. 3 C. de repud. 5. 17; l. 36. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 46 D. loc. 19. 2. l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38, l. 20 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 14 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 5. 6 C. si quis alteri 4. 50, l. 16 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Vgl. Seuff. Arch. V. 146, XVIII. 132, [XXII. 12; VI. 82, XIV. 75, XVII. 80, XX. 26, XXI. 98].

§. 76*.

Wenn der Erklärende kein Bewußtsein davon hat, daß er das, was er zu wollen erklärt, nicht wirklich will, so befindet er sich in einem Irrthum[1]. Gewöhnlich sagt man denn auch, daß in diesem Falle die Willenserklärung nichtig sei wegen des Irrthums, in welchem der Erklärende sich befinde; aber das ist nicht genau. Nicht der Irrthum ist der Grund der Nichtigkeit der Willenserklärung, sondern eben, daß der Erklärung kein wirklicher Wille entspricht[1a]; der Irrthum ist nur der Grund, weßwegen ein nicht wirklich Gewolltes als gewollt erklärt worden ist[2]. Daraus

---

§. 76. * Richelmann der Einfluß des Irrthums auf Verträge (1837). Savigny III §. 135—139 (1840; diese Darstellung ist epochemachend für die Lehre vom Irrthum geworden). Wächter II §. 102, Vangerow III §. 604 Anm., Sintenis I S. 193 fg. II S. 298 fg., Unger II §. 89. [Exner Tradition II S. 262—287. Goldschmidt Handelsr. I. 2 §. 62.]

[1] Er glaubt entweder, seine Erklärung bezeichne etwas Anderes, als sie wirklich thut, oder sie laute anders, als sie wirklich thut. (Eine besondere Anwendung des letzteren Falles s. II §. 308 Note 6.)

[1a] Savigny (III Beil. VIII Nr. XXXIV) nennt deßwegen diesen Irrthum „unechten" Irrthum — offenbar unpassend; ein unechter Irrthum ist ein Irrthum, der nur scheinbar ein Irrthum ist, nicht aber ein Irrthum, der nur scheinbar eine gewisse rechtliche Wirkung ausübt. Deßwegen aber, wie Bekker (krit. VJSchr. III S. 187—201) will, die ganze Unterscheidung zwischen dem Irrthum, welcher die Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung ausschließt, und dem Irrthum, welcher dieß nicht thut, wegzuwerfen, halte ich für vollkommen ungerechtfertigt; diese Unterscheidung ist meiner Ansicht nach die allein richtige Grundlage einer befriedigenden Theorie vom Irrthum, und ihre Feststellung eines der schönsten Verdienste Savigny's. Bekker will an ihre Stelle folgende andere Unterscheidung setzen: Irrthum, welcher sich auf die Folgen der Handlung bezieht, und Irrthum, welcher sich darauf nicht bezieht. Der Irrthum der ersten Art soll nun zwar nach Bekker's Ansicht ebenfalls bewirken, daß die nicht vorhergesehenen Folgen nicht gewollt seien; doch soll sich daraus keineswegs mit Nothwendigkeit ergeben, „daß darum die Willenserklärung nichtig oder auch nur minder wirksam sein müsse". Bekker gibt übrigens selbst zu, daß seine „Gedanken" „festere Begründung und sorgfältigere Entwicklung ihrer Consequenzen bedürfen". Vgl. jetzt noch Bekker krit. VJSchr. V S. 395. 396. — Nicht beachtet, kaum gelesen zu werden verdient, was Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. namentlich III. 6, vgl. auch VII. 4. 7 (1847. 1850), gegen Savigny vorgebracht hat.

[2] Ist ein anderer Wille wirklich vorhanden, was in diesem Falle regelmäßig der Fall sein wird, so ist dieser ebenso ohne rechtliche Wirkung, wie

folgt der wichtige Satz, daß die Nichtigkeit der Willenserklärung durch Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht ausgeschlossen wird[3].

Jedoch reicht es zur Nichtigkeit der Willenserklärung nicht hin, daß der Irrthum eine Willenserklärung hervorgerufen habe, welche in irgend einer Beziehung der Willenswirklichkeit nicht entspricht; es ist nothwendig, daß das als gewollt Erklärte entweder in seinem ganzen Umfang[4] oder doch in einem wesentlichen Bestandtheil nicht gewollt sei; welcher Satz mit Zugrundelegung des so eben bezeichneten Sprachgebrauchs folgenden Ausdruck annimmt: nicht der unwesentliche, sondern nur der wesentliche Irrthum ist Nichtigkeitsgrund[5]. Als wesentliche Punkte bei einer Willenserklärung stellen sich aber heraus:

1) die Natur des zu begründenden Rechtsverhältnisses;

2) die Person, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird, vorausgesetzt, daß es dem Erklärenden gerade auf diese bestimmte Person ankommt[6];

---

die abgegebene Erklärung; die Erklärung ist ohne Wille, der Wille ohne Erklärung. L. 9 §. 2 D. de her. inst. 28. 5 enthält keinen Widerspruch (— „quasi plus *nuncupatum* sit —“).

[3] Vgl. §. 79 und Vangerow I §. 83 Anm. 1 Nr. I. Seuff. Arch. II. 273, VII. 19, IX. 141; vgl. aber auch VIII. 26.

[4] Wie z. B. wenn Jemand irrthümlich seine Unterschrift unter eine Urkunde setzt, welche er für eine ganz andere Urkunde hält. L. 5 C. plus valere 4. 22.

[5] Es ist jedoch hierbei zu bemerken, daß der hergebrachte Sprachgebrauch unter wesentlichem und unwesentlichem Irrthum nicht den sich auf einen wesentlichen oder unwesentlichen Punkt beziehenden, sondern den die Willenserklärung vernichtenden oder nicht vernichtenden Irrthum versteht.

[6] L. 9 pr. D. de her. inst. 28. 5. Vgl. Seuff. Arch. V. 271. — Daß die Willenserklärung auf eine nicht gewollte Person gehe, darf man an und für sich nur dann sagen, wenn durch sie in der That ein anderes Individuum bezeichnet wird, als der Erklärende will, nicht aber dann, wenn der Erklärende dasjenige Individuum, welches er wirklich bezeichnen will, für ein anderes Individuum hält. In diesem letztern Fall liegt nur ein Irrthum in den Eigenschaften der Person vor. Man vergleiche folgende Stufenleiter: Jemand schenkt einer vor ihm stehenden Person, welche sich einen falschen Vornamen beilegt — einen falschen Familiennamen — den Namen einer andern Person, von deren Existenz der Schenkende nichts weiß — den Namen einer andern Person, deren Existenz dem Schenkenden bekannt ist oder von ihm angenommen wird: ein Irrthum in der Person liegt strenge genommen im letzten

3) der Gegenstand, auf welchen die Willenserklärung gerichtet ist[7]. Ist der Gegenstand der Willenserklärung quantitativ bestimmt, so besteht die Willenserklärung bis zu dem Belange, bis zu welchem sich Wille und Erklärung decken[8].

Falle so wenig vor, wie im ersten. Nur sind die Eigenschaften der Person, auf welche sich der Irrthum wirklich bezieht, im letzten Falle so wesentliche, daß dadurch der Irrthum über die Eigenschaften doch wieder zu einem Irrthum über die Person selbst wird. Die Analogie dessen, was in dieser Beziehung von den Eigenschaften der Sache gilt (Nr. 4), läßt sich in keiner Weise abweisen, wenn auch andererseits zugestanden werden muß, daß l. 52 §. 21 und l. 66 §. 4 D. de furtis 47. 2, welche Stellen von einer Eigenthumsübertragung an einen Menschen reden, der statt eines Andern untergeschoben ist, keine Andeutung davon enthalten, daß das Eigenthum nicht übergehe (abgesehen von dem Falle, wo ein furtum vorliegt, welches aber überhaupt den Eigenthumsübergang auch da ausschließt, wo demselben sonst kein Hinderniß entgegensteht, vgl. z. B. l. 43 pr. D. de furtis). Dagegen ist es Nichtigkeitsgrund nicht, wenn dem wirklich gewollten Individuum eine einzelne Eigenschaft beigelegt wird, die es nicht wirklich hat, vgl. l. 14 §. 3 D. de in diem add. 18. 2 (mit welcher Stelle l. 30 §. 1 D. de pactis 2. 14 nicht in Widerspruch steht); wobei es jedoch eine andere Frage ist, ob nicht der Irrthum über die Eigenschaft als Irrthum im Beweggrund oder nach dem Rechte der Voraussetzung Wirksamkeit ausüben kann, s. §. 78. 98. — Gegen die Nichtigkeit in dem oben bezeichneten Fall hat sich Bekker krit. VJSchr. V S. 395. 396 ausgesprochen. In dem von ihm berichteten concreten Fall würde auch ich keine Nichtigkeit annehmen, aber nur deßwegen nicht, weil es in demselben dem Käufer nicht auf die Person des Verkäufers, sondern lediglich auf die Person des Fabrikanten der gekauften Waare ankam, der Irrthum aber, in welchem er sich in dieser letzteren Beziehung befand, kein wesentlicher ist (Nr. 4).

[7] L. 9 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 4 pr. D. de leg. I° 30; l. 10 C. de don. 8. 54; §. 23 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 1 l. 137 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2. In den zuletzt genannten Stellen wird der Vertrag für nichtig erklärt wegen Mangels des Consenses (vgl. auch l. 57 D. de O. et A. 44. 7). Natürlich; wenn der eine Contrahent etwas Anderes will, als der andere, liegt kein Consens vor. Aber es ist nicht nothwendig, hierauf Rücksicht zu nehmen, um die Ungültigkeit des Vertrags zu begründen; derselbe ist schon deßwegen nichtig, weil die Willenserklärung des einen Contrahenten nichtig ist. Daraus folgt, daß der Vertrag auch dann nichtig ist, wenn beide Contrahenten übereinstimmend irren, in welchem Fall von Dissens keine Rede sein kann. Seuff. Arch. XIX. 14.

[8] L. 9 §. 3. 4 D. de her. inst. 28. 5. Ob damit aber das ganze Geschäft bestehen kann, von welchem die Willenserklärung einen Theil bildet, ist eine andere Frage; s. l. 52 D. loc. 19. 2.

4) Was die Eigenschaften des Gegenstandes der Willenserklärung angeht, so ist zu unterscheiden zwischen solchen Eigenschaften, welche nach den im Verkehr herrschenden Begriffen die Wesenheit dieses Gegenstandes ausmachen, und zwischen solchen, welche dieß nicht thun. Werden dem Gegenstande der Willenserklärung irrigerweise Eigenschaften der ersten Art beigelegt, so ist in der That, wenn auch nicht dem Körper, doch der Wesenheit nach, der gewollte Gegenstand ein anderer, als derjenige, auf welchen die Erklärung geht, und die Erklärung demnach nichtig. Dagegen begründet Irrthum in Eigenschaften der zweiten Art Nichtigkeit der Willenserklärung nicht[9]. Und auch was die

[9] Ob nicht bei Verträgen darauf Ansprüche anderer Art gegründet werden können, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. — Die im Text bezeichnete Unterscheidung ist von Savigny (a. a. O. §. 137. 138) begründet, und die Richtigkeit derselben weder durch die Entgegnung von Fritz (in seinen Rechtsfällen IV S. 345 fg. [1843]), noch durch die von Renaud (Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 10 [1846]), zweifelhaft gemacht worden. Vgl. übrigens auch Wächter II S. 747. 748 (dazu E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. II §. 264 Note 7). Beispiele: die Wesenheit eines metallenen Gefäßes oder Geräthes hängt davon ab, ob es von edlem oder unedlem Metall ist, aber die Wesenheit eines hölzernen Geräthes hängt nicht davon ab, ob es von besserem oder schlechterem Holz ist. Ein männlicher Sclave ist eine Sache anderer Art, als ein weiblicher Sclave; nicht so eine Sclavin, welche bereits geboren hat, gegenüber einer Sclavin, die noch Jungfrau ist. Vgl. l. 9 §. 2 (dazu Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 22. 23) l. 10. 11 l. 14. 41 §. 1 l. 58 D. de contr. emt. 18. 1; l. 45 D. eod., l. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. (Daß in letzterer Stelle nicht gelesen werden darf: emtionem *non* esse, geht daraus hervor, daß bei Nichtigkeit des Verkaufs der Verkäufer gar nicht haften würde; denn arglistig war er nicht, und eine ausdrückliche Garantie in Betreff der Holzart hat er nicht übernommen. S. Windscheid Voraussetzung S. 117; vgl. aber auch Savigny III S. 286—290, Vangerow III S. 284—286.) Auch von den genannten Stellen führen einige die Nichtigkeit des Vertrages auf den Mangel des Consenses zurück; s. Note 7. — Wie ist es, wenn der Gegenstand, auf welchen sich die Willenserklärung bezieht, beschädigt ist? Es liegt auf der Hand, daß eine Brandstätte ein Ding anderer Art ist, als ein Haus; dagegen ein unversehrtes Haus kein Ding anderer Art, als ein Haus, dessen Dachstuhl abgebrannt ist. Aber wo ist hier die Grenze? Nach l. 57 D. de contr. emt. 18. 1 soll es darauf ankommen, ob mehr oder weniger als die Hälfte abgebrannt ist, bei Arglist des Gegners aber der Irrende das Geschäft aufrecht erhalten können, wenn auch nur der geringste Theil des Hauses übrig sei. — Uebrigens finden sich in den Quellen auch Spuren der Auffassung,

Eigenschaften der ersten Art angeht, wird die bezeichnete Auffassung nicht unbedingt durchgeführt, sondern nur da, wo der Wille hinter der Erklärung zurückbleibt, nicht da, wo er weiter geht, als die Erklärung[10].

Unwesentliche Punkte bei einer Willenserklärung sind z. B. die Eigenschaften der Person, auf welche sich die Willenserklärung bezieht[11], der Name dieser Person[12], Name oder unwesentliche Eigenschaften des Gegenstandes der Willenserklärung[13], Accessionen desselben[14].

§. 77.

Bei Verträgen kann der Irrthum nicht bloß die Erklärung eines nicht wirklichen Willens hervorrufen, sondern auch die Ab-

---

daß der Irrthum über die Eigenschaften der Sache auf die Gültigkeit des Geschäftes keinen Einfluß habe, weil doch über den Gegenstand nicht geirrt worden sei, l. 9 §. 2 l. 45 i. f. D. de contr. emt. 18 1, welche letztere Stelle freilich von Anderen anders erklärt wird, vgl. Vangerow III S. 282—284 (II §. 395 Note 2). — Auch von dem Irrthum über Eigenschaften des Gegenstandes gilt wie von dem über Eigenschaften der Person die in Note 6 g. E. (Z. 10 fg. v. u.) gemachte Bemerkung. — Irrthum über den Ort, wo der Gegenstand der Willenserklärung sich befindet: Reatz Lehre vom Erfüllungsort §. 24.

[10] Es ist in den Quellen entschieden: wenn Jemand ein Pfandrecht erwerben zu wollen erklärt an einer Sache von Bronze, welche er für eine Sache von Gold hält, so daß also sein Wille auf den Erwerb eines Pfandrechts an einer goldenen Sache gerichtet ist, so ist seine Willenserklärung gültig, l. 1 §. 2 D. de pign. act. 13. 7 (vgl. Dernburg Pfandr. I S. 196); ebenso, wenn er sich eine solche Sache versprechen läßt, l. 22 D. de V. O. 45. 1. In gleicher Weise muß es gehalten werden, wenn Jemand an einer solchen Sache ein Recht weggibt, oder in Beziehung auf sie ein Versprechen leistet. Ebenso muß die Willenserklärung aufrecht erhalten werden, durch welche Jemand sich bereit erklärt, eine Aufopferung für eine Sache zu machen, die werthvoller ist, als er glaubt, z. B. von Gold, während er sie für eine Sache von Bronze hält. Vgl. Savigny III S. 298—302.

[11] Vgl. jedoch Note 6.

[12] §. 29 I. de leg. 2. 20, l. 4 C. de test. 6. 23.

[13] L. 4 pr. D. de leg. I° 30, l. 28 D. de reb. dub. 34. 5, l. 7 §. 1 C. de leg. 6. 37, l. 9 §. 1 l. 10 D. de contr. emt. 18. 1, l. 32 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. II. 20.

[14] L. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Vgl. übrigens Wächter II §. 102 Note 4. [Seuff. Arch. XX. 118.]

gabe einer mit der Willenserklärung der Gegenseite nicht übereinstimmenden Willenserklärung, indem nämlich der Erklärende annimmt, daß von der Gegenseite ein anderer Wille erklärt worden sei, als wirklich der Fall ist, und er so einen Consens zu erklären glaubt, welcher kein Consens ist. Auch in diesem Falle sagt man, daß der Irrthum es sei, welcher den Vertrag nichtig mache; aber auch hier wieder ist nicht sowohl der Irrthum das Vernichtende, als vielmehr der durch ihn verdeckte Mangel des Consenses zwischen den Parteien[1]. Auch hier aber wieder ist der Vertrag nur dann für nichtig zu erachten, wenn der Irrthum, d. h. der Dissens, sich auf einen wesentlichen Punkt bezieht, worüber nach den im vorigen §. aufgestellten Regeln zu entscheiden ist[2]. Ist der Gegenstand des Vertrages eine Quantität, so ist für die geringere der von den Parteien genannten Quantitäten immerhin Consens vordanden, ob dieß aber zur Gültigkeit des ganzen Geschäfts genügt, eine andere Frage[3].

5. Motive des Willens.

Irrthum. Betrug*.

§. 78.

Unter den Motiven des in einem Rechtsgeschäfte erklärten Willens ist hier zunächst in Betracht zu ziehen der Irrthum,

---

[1] Vgl. Seuff. Arch. XVI. 34 (§. 76 Note 3). — Daß auch in dem Falle, wo wegen Irrthums bei einem Contrahenten keine Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung stattfindet, gesagt werden könne, der Vertrag sei nichtig aus Mangel an Consens, ist bereits (§. 76 Note 7 u. 9) bemerkt worden. §. 77.

[2] Natur des Rechtsverhältnisses: l. 18 D. de R. C. 12. 1, l. 3 §. 1 D. de O. et A. 44. 7; Person, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird: l. 32 D. de R. C. 12. 1 (vgl. Seuff. Arch. III. 165. 169, XI. 220); Gegenstand der Willenserklärung: l. 9 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[3] L. 1 §. 4 D. de V. O. 45. 1; s. außerdem die in §. 76 Note 8 citirte l. 52 D. loc. 19. 2, welche auch hierher gezogen werden kann. Seuff. Arch. II. 273.

* Grundlegend ist auch hier Savigny III §. 115 u. Beil. VIII. Vgl. außerdem: Glück XXII S. 361—451, Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. II 35 (1821), Richelmann (§. 76*) §. 11. 12, Wächter II §. 21. 104. 105,

d. h. der Mangel der wahren Vorstellung von dem Zustand der Dinge[1]; s. g. Irrthum im Beweggrunde. Der durch eine solche irrige Vorstellung hervorgerufene Wille ist deßwegen, weil er durch sie hervorgerufen ist, nicht weniger ein wirklich vorhandener Wille[1a]; aber er ist allerdings nicht der eigentliche, der wahre Wille des Erklärenden, d. h. er würde ohne jenen Irrthum nicht gefaßt worden sein. Daraus ergibt sich: die Willenserklärung ist keinesfalls nichtig, sie ist höchstens indirect unwirksam, so daß sie nicht geltend gemacht werden darf, und das durch sie bereits Verlorene zurückgefordert werden kann. Diese indirecte Unwirksamkeit tritt wirklich ein bei Willenserklärungen auf Todesfall, sobald nur feststeht, daß ohne den Irrthum nicht gewollt worden sein würde; bei Willenserklärungen unter Lebenden hingegen nur dann, wenn dieß zugleich in einer demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, erkennbaren Weise hervorgetre-

---

Vangerow I §. 83 Anm. 1—4, Sintenis I S. 195 fg. 188 fg., Unger II §. 77. 81.

§. 78. [1] Mag diese Vorstellung durch eine unwahre verdrängt sein (Irrthum im engeren Sinn), oder mag alle Vorstellung von dem Zustande der Dinge fehlen (Irrthum als Unwissenheit).

[1a] Wenn es in den Quellen mehrfach heißt, daß der Irrthum den Willen ausschließe (l. 15 D. de iurisd. 2. 1, l. 2 pr. D. de iud. 5. 1, l. 20 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 116 §. 2 D. de R. I. 50. 17, l. 8. 9 C. de iur. et fact. ign. 1. 18), so ist das einer von den in ihrer Allgemeinheit falschen Aussprüchen, welche in der römischen Jurisprudenz nicht selten sind, ohne daß dieselbe sich dadurch zu falschen Entscheidungen im Einzelnen verleiten ließe. Wahr ist der aufgestellte Satz, wenn kraft des Irrthums etwas Anderes erklärt wird, als der Erklärende will (§. 76), wahr ist er auch insofern, als bei stillschweigenden Willenserklärungen der Schluß aus einem gewissen Benehmen auf einen gewissen Willen voraussetzt, daß die betreffende Person sich über einen gewissen Punkt nicht im Irrthum befunden habe. Gerade hiervon handeln die meisten der genannten Stellen, während in den beiden letzten jener allgemeine Ausspruch auf eine Erklärung angewendet wird, welche auch abgesehen vom Irrthum unverbindlich ist. — Neuerdings hat Herrmann (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III 3. 6 (vgl. VII. 4) auszuführen gesucht, daß das römische Recht die in Folge eines irrigen Beweggrundes abgegebene Willenserklärung allerdings für nichtig erkläre, und zwar deßwegen, weil der durch Irrthum bestimmte Wille unfrei sei; aber er hat damit auf Niemanden Eindruck gemacht.

ten ist[2]. Ist dieß nicht der Fall, so reicht der Irrthum als solcher nicht hin, um den Irrenden von den nachtheiligen Folgen seiner Willenserklärung zu entbinden[3]. Anders ist es aber dann, wenn der Irrthum von dem Gegner in betrügerischer Absicht hervorgerufen worden ist[4]. Zwar ist auch in diesem Fall der ausgesprochene Wille immer noch der wirklich vorhandene Wille, und insofern erklärt das Recht die abgegebene Erklärung auch jetzt noch nicht für nichtig[5]. Aber auf der anderen Seite darf es doch auch nicht gestatten, daß die Willenserklärung dem Betrüger Vortheil bringe, während sie dem Betrogenen zum Schaden gereicht. Demgemäß gewährt das Recht diesem Letzteren: 1) eine Einrede gegen den durch das Rechtsgeschäft für den Betrüger an und für sich entstandenen Anspruch[6]; 2) einen Anspruch gegen

[2] Näher wird von dem Einen und Andern besser in einem anderen Zusammenhange gehandelt; s. §. 98 Note 6.

[3] L. 52 l. 65 §. 2 D. de cond. ind 12. 6. Seuff. Arch. IV. 233, VII. 52. Nur eine einzelne Spur von einer wegen Irrthums im Beweggrund ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet sich in unseren Quellen (l. 1 §. 17 D. de separ. 42. 6, vgl. auch §. 6 I. de her. qual. 2. 19). Die Behauptung Savigny's (III S. 115), daß auch die ädilitiischen Klagen und die auf irrige causa gegründeten Condictionen Ausnahmen bilden, ist irrig; bei jenen ist der Grund des Anspruchs des Käufers der (gesetzlich ausgelegte) Kaufvertrag, bei diesen die ermangelnde Voraussetzung (§. 97).

[4] Betrug — dolus. Ueber den Begriff desselben, und namentlich darüber, daß er auch durch Verschweigen begangen werden kann, s. l. 1 §. 2 D. de dolo 4. 3, l. 7 §. 9 D. de pactis 2. 14, l. 43 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. [Beweis: Ihering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 300 fg.]

[5] Das Gegentheil behauptete früher die herrschende Meinung bei bonae fidei negotia, entweder für den Betrug überhaupt, oder doch für den Betrug, durch welchen der Abschluß des Rechtsgeschäftes selbst, nicht bloß eine einzelne Bestimmung desselben veranlaßt worden sei (s. g. dolus causam dans, im Gegensatz des dolus incidens). S. über diese Frage und namentlich über die für die bezeichnete Meinung hauptsächlich angeführte l. 7 pr. D. de dolo 4. 3 Vangerow III §. 605 Anm. 1, auch die folgende Note. Vgl. auch Sintenis I §. 22 Note 13.

[6] Exceptio doli. Im bonae fidei iudicium war die exceptio doli (wie überhaupt eine exceptio) nicht nöthig, sowie der dolus in demselben auch klageweise geltend gemacht werden konnte; vgl. z. B. l. 11 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 C. de resc. vend. 4. 44; denn contrarius est dolus bonae fidei (l. 5 C. cit.). Mit Rücksicht auf jene Entbehrlichkeit der exceptio doli heißt

den Betrüger darauf, daß derselbe den früheren Zustand wiederherstelle[7].

§. 79.

Der Irrthum kann nicht bloß als Motiv des in einem Rechtsgeschäfte erklärten Willens, sondern auch in anderen Beziehungen ein rechtlich relevantes Moment sein[1], entweder in der Weise, daß er selbst Bestandtheil eines rechtlichen Thatbestandes ist[2], oder so, daß die an einen Thatbestand an und für sich angeknüpften rechtlichen Folgen durch einen hinzutretenden Irrthum ausgeschlossen werden[3].

---

es denn in den Quellen auch von einem Gesellschaftsvertrag, er sei „ipso iure nullius momenti" (l. 3 §. 3 D. pro socio 17. 2, vgl. l. 16 §. 1 D. de min. 4. 4), welcher Ausspruch für die frühere Theorie einer der Gründe war, weßwegen sie Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts in Folge des Betrugs behauptete. — Die Einrede geht natürlich auf die Erben des Betrügers über, aber auch auf denjenigen, welcher in den durch Betrug erworbenen Anspruch als Sondernachfolger eintritt (s. II §. 332 Note 5). Ist aber durch den Betrug ein Anspruch (eine Obligation) nicht unmittelbar begründet worden, sondern zunächst ein dingliches Recht, so haftet der fernere Erwerber dieses Rechts der Einrede nur dann, wenn er das Recht unentgeltlich erworben hat, welchem Fall der andere gleichgestellt wird, wo ihm die Sache verpfändet worden ist, l. 4 §. 27—31 de doli exc. 44. 4.

[7] Actio doli oder de dolo. Der Wiederherstellungsanspruch kann auf Wiederaufhebung der ganzen Wirkung des Rechtsgeschäfts gehen, oder nur auf Aufhebung einer einzelnen Seite der Wirkung desselben; hier hat die Unterscheidung zwischen dolus causam dans und incidens ihre gute Berechtigung. Vgl. Seuff. Arch. II. 167, XI. 221 Nr. II. [Blätter f. RAnwend. XXXIII S. 309 fg. XXXIV S. 92 fg. Ergänz. Bd. zu Jahrg. 30. 31 S. 404 fg.] — Kann auch in integrum restitutio begehrt werden? Darüber §. 118 Note 6.

79. [1] Es empfiehlt sich, das über den Irrthum zu Sagende nicht zu weit auseinanderzureißen. Deßwegen wird dieser §., dessen Inhalt über den Kreis der Rechtsgeschäfte weit hinausgeht, hier eingeschoben.

[2] So z. B. bei der Ersitzung, bei dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

[3] Beispiele: die Antretung und Ausschlagung der Erbschaft ist ungültig, wenn der Antretende oder Ausschlagende über Dasein oder Art der Berufung im Irrthum ist (l. 22. 32—34 D. de A. v. O. H. 29 2); die Unwirksamkeit des Forderungsrechts, welches aus Intercession einer Frau oder Darlehnsaufnahme eines Haussohnes entstanden ist, wird dadurch ausgeschlossen daß der Gläubiger nicht wußte, daß er sich mit einer intercedirenden Frau

In allen Fällen nun, in welchen Jemand in der Lage ist, sich zur Erlangung eines Vortheils oder zur Abwendung eines Nachtheils auf einen Irrthum zu berufen, kann er nicht jedweden Irrthum geltend machen, sondern nur einen verzeihlichen oder entschuldbaren[4]. Als verzeihlich aber wird in den Quellen der Irrthum über Thatsachen (s. g. factischer Irrthum), als nicht verzeihlich der Irrthum über Rechtssätze (Rechtsirrthum[5]) bezeich-

---

oder einem Haussohne einlasse (l. 11. 12 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 4); die nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses treffen unter Umständen denjenigen nicht, welcher nicht wußte, daß er zu handeln habe (vgl. §. 104 Note 7).

[4] Entschuldbarkeit des Irrthums wird also da nicht erfordert, wo es nicht der Irrthum ist, auf welchen sich Jemand zu berufen braucht. So namentlich nicht, wenn Jemand in Folge des Irrthums etwas zu wollen erklärt hat, was er in der That nicht wollte (§. 76 zu Note 3) [Regelsberger civilrechtl. Erörterungen I S. 19 fg.]; ebensowenig beim Betruge, vgl. II §. 486 Note 2, Seuff. Arch. XIX. 26, [Ihering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 278 fg., Seuff. Arch. VII. 51 a. E. 52. 293, XIII. 86, Blätter f. RAnwendung Ergänz. Bd. zu Jahrg. 31. 31 S. 404 fg.]. Entschuldbarkeit des Irrthums wird ferner da nicht erfordert, wo sich nicht der Irrende auf seinen Irrthum, sondern sein Gegner auf dessen Wissen zu berufen hat, z. B. wenn es sich um die nachtheiligen Folgen des bösen Glaubens handelt; wie unentschuldbar der Irrthum auch gewesen sein mag, das Wissen ist immer dadurch ausgeschlossen gewesen. Zwar kann es auch in einem solchen Falle vorkommen, daß das Recht dem Nichtwissenden nicht jedes Nichtwissen zu Gute rechnet; aber das ist dann positive Rechtsvorschrift, keine Consequenz aus dem aufgestellten Princip, und darf daher ohne besonderen Beweis nicht angenommen werden. So wird bei Delicten nicht gestattet die Berufung auf Unkenntniß des Strafgesetzes (wohl die Berufung auf sonstige Rechtsunkenntniß, Savigny III Beil. VIII Nr. XX—XXII); so hat der Käufer keinen Anspruch wegen der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache, wenn er dieselbe kannte oder kennen mußte, und das interd. quod vi aut clam ist begründet, wenn der Handelnde wußte oder wissen mußte, daß er gegen den Willen des Gegners handele (l. 14 §. 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 3 §. 7. 8 l. 4 D. quod vi aut clam 43. 24).

[5] Eine seltsame Ansicht über die Begriffe Rechtsirrthum und factischer Irrthum hat neuerdings Weil (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 13 [1855]) aufgestellt. Auch nach ihm bezieht sich zwar der Rechtsirrthum auf Rechtsregeln, der factische Irrthum auf Thatsachen, aber der eine und der andere zunächst auf Befugnisse: der Rechtsirrthum soll sein der Irrthum über eine Befugniß, hervorgegangen aus einem Irrthum über das objective Recht, der factische Irrthum der Irrthum über eine Befugniß, hervorgegangen aus einem Irrthum über eine Thatsache.

net[6]. Jedoch ist diese Unterscheidung eine sehr äußerliche; in der Wirklichkeit kann sowohl ein Rechtsirrthum verzeihlich sein, wenn es sich nämlich um einen dunkelen oder nach Zeit oder Ort entlegenen Rechtssatz handelt und die zugänglichen Hülfsmittel der Belehrung benützt worden sind[7], als ein factischer Irrthum unverzeihlich, wenn er nämlich auf grober Nachlässigkeit beruht[8]; welches Beides freilich von demjenigen, welcher es behauptet, bewiesen werden muß. Außerdem wird gewissen Personen der Rechtsirrthum überhaupt nachgesehen[9]; entweder ohne Ausnahme, wie den Minderjährigen[10], oder doch in gewissen Fällen, so namentlich Frauen (diesen, wenn sie keinen Gewinn machen, sondern sich gegen Schaden schützen wollen, jedoch auch dann nicht unbedingt[11]), ferner Soldaten[12] und Ungebildeten[13].[14]

---

[6] Dig. 22. 6 Cod. 1. 18 de iuris et facti ignorantia. Vgl. namentlich l. 2. 9 pr. §. 5 D. h. t. Auch c. 13 de R. I. in VI°.

[7] L. 9 §. 3 D. h. t., l. 10 D. de B. P. 37. 1, l. 2 §. 5 D. si quis ordo 38. 15; c. 1 de const. in VI° 1. 2.

[8] L. 3 §. 1 l. 6. 9 §. 2 D. h. t., l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6; l. 3 pr. D. h. t., l. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10. Seuff. Arch. IX. 261. Vgl. übrigens Mommsen Beiträge I S. 417—419.

[9] Savigny III S. 429 fg.

[10] L. 9 pr. D. l. 11 C. h. t. (l. 3 C. Th. de spons. 3. 5).

[11] L. 9 pr. D. h. t., l. 8 eod., l. 3. 11. 13. C. h. t. Savigny a. a. O. S. 432—436.

[12] L. 9 §. 1 D. h. t., l. 1 C. de rest. mil. 2. 51, l. 22 pr. §. 15 C. de iure del. 6. 30; l. 5 C. de his qui sibi adscribunt 9. 23. Savigny S. 437.

[13] L. 8 C. qui admitti 6. 9, l. 1 §. 5 D. de edendo 2. 13; l. 2 §. 1 si quis in ius voc. 2. 5 und Savigny a. a. O. S. 436. Die heutige Anwendbarkeit des Begriffs der „rusticitas" überhaupt und speciell in der hier fraglichen Beziehung leugnet das Erk. bei Seuff. Arch. XIX. 91. Vgl. dagegen das. IX. 232, X. 268, XV. 173, [VIII. 140. 141, XXII. 149].

[14] Falsche Verallgemeinerungen enthalten l. 7. 8 D. h. t. L. 7 cit. „Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet". L. 8 cit. „Error facti ne maribus quidem in damno vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet". Ueber die verschiedenen Ansichten s. Wächter II §. 21 Note 17, Savigny III S. 344—353, Vangerow I §. 83 Anm. 1 Nr. V, und die bei Letzterem Citirten.

b. Furcht. Zwang*.

§. 80.

Daß der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille durch Furcht hervorgerufen worden ist, hat auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an und für sich keinen Einfluß, und zwar wird hier auch kein Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall gemacht. Anders ist es aber auch hier, wenn die Furcht in widerrechtlicher Weise, durch Drohungen, erzeugt worden ist, in welchem Falle man gewöhnlich von Zwang redet[1]. Zwar ist auch das erzwungene Rechtsgeschäft, wie das durch Betrug veranlaßte, nicht nichtig, weil immerhin der wirkliche Wille erklärt worden ist[2]; aber das Recht gewährt

* Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 20 de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange (1861). J. A. Kramer de leer van den psychischen dwang (1864; vgl. krit. VJSchr. VI S. 416—418). Savigny III §. 114, Wächter II §. 106, Sintenis I S. 186—188, Unger II §. 80.

[1] Der Ausdruck Zwang ist eigentlich zu weit, da er auch die körperliche Ueberwältigung umfaßt, bei welcher von Einwirkung auf den Willen keine Rede sein kann, z. B. wenn Jemand dem Anderen mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde führt. Die den Römern geläufige Bezeichnung ist noch weiter; sie sprechen von metus, während das Edict früher vis metusve nannte. L. 1 D. h. t. — Zur Widerrechtlichkeit der Drohung ist nicht erforderlich, daß die Zufügung des gedrohten Uebels widerrechtlich sei; unerlaubt ist es auch, die Drohung mit einem Uebel, welches man zufügen darf, zur Erpressung eines Rechtsgeschäfts zu benützen. L. 3 §. 1 l. 7 §. 1 und arg. l. 21 pr. D. h. t.; Schliemann S. 24—26, Kramer p. 177—179. §. 80.

[2] L. 21 §. 5 D. h. t. „Si metu coactus adii hereditatem, puto heredem me effici, quia, *quamvis si liberum esset noluissem*, *tamen coactus volui*". L. 21 §. 4 eod. l.. 22 D. de R. N. 23. 2. Auch hier, wie beim Betruge, wurde früher vielfach für bonae fidei negotia Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts behauptet (ausführliche Dogmengeschichte bei Schliemann S. 179 fg.). Man berief sich namentlich auf l. 116 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 21 §. 3 D. h. t. und l. 6 §. 7 D. de A. v. O. H. 29. 2. Vgl. darüber Vangerow III §. 605 Anm. 2. Jetzt ist die im Texte aufgestellte Ansicht die fast unbedingt herrschende, namentlich in Folge der Ausführungen Savigny's a. a. O. Die dagegen von Kritz (Rechtsfälle V S. 38 fg.) gerichtete Kritik hat schon Wächter nur noch zu milde „zum Theil unbegreiflich" genannt. Viel mehr Beachtung verdient die Vertheidigung der Nichtigkeit, welche neulich Schliemann in der oben angeführten gründlichen und ge-

gegen die nachtheiligen[3] Folgen des Rechtsgeschäfts Schutz wie beim Betruge, nur weiter gehenden. Es gewährt hier Einrede und Wiederherstellungsanspruch, und außerdem auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[4], — dieß Alles aber nicht blos gegen den Zwin-

diegenen Schrift unternommen hat. Derselbe argumentirt so: 1) in den Quellen sind beide Auffassungen vertreten, Nichtigkeit und indirecte Ungültigkeit; 2) bei diesem Widerspruch müssen wir uns aus inneren Gründen entscheiden, und diese führen zur Annahme der Nichtigkeit. Aber weder das Eine noch das Andere kann zugegeben werden. Die Stellen, in welchen Schliemann eine Nichtigkeit anerkannt findet, gestatten sämmtlich eine andere Auslegung, und wenn nicht zu leugnen ist, daß theilweise diese andere Auslegung nicht die nächstliegende ist, so muß bedacht werden, daß nach allgemeinen Auslegungsregeln ein Widerspruch, gar ein Widerspruch zwischen denselben Schriftstellern, nicht ohne zwingende Nothwendigkeit angenommen werden darf. Zugegeben werden muß nur, daß das römische Recht die erzwungene Freilassung als nichtig behandelte (l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quib. 40. 9, Dosith. §. 7); aber das erklärt sich vollkommen daraus, daß Wiederaufhebung einer einmal eingetretenen Freiheit den Römern als etwas ganz Außerordentliches erschien, was nur unter den besondersten Umständen durch kaiserliche Autorität verfügt werden konnte, l. 9 §. 6 l. 10 D. de min. 4. 4., l. 24 D. de dolo 4. 3. (Trotz dem findet sich selbst hier die entgegengesetzte Ansicht vertreten, l. 9 §. 2 D. h. t. — welche Stelle aber Kramer p. 112 sq. nicht übel von dem durch die Freilassung entstandenen factischen Schaden versteht.) Die gleiche Betrachtung macht sich heutzutage für die katholische Auffassung der Ehe geltend. Was sodann die inneren Gründe angeht, so führen dieselben zur Annahme der Nichtigkeit nicht. Schliemann argumentirt: bei dem Zwange ist es jedenfalls zweifelhaft, ob der Erklärung der wirkliche Wille entspricht, ob auch der Inhalt der Erklärung, und nicht vielmehr bloß die Erklärung gewollt sei; folglich ist der Schluß von der Erklärung auf den Willen kein sicherer, also der Wille durch die Erklärung nicht dargethan. Aber die Erklärung ist mehr als Beweismittel für den Willen; sie ist nicht dasjenige, woraus auf den Willen geschlossen wird, sondern die Erscheinung des Willens, sie ist der Wille in seiner Erscheinung. Wer behauptet, daß diese Erscheinung lüge, muß die Nichtexistenz des Willens beweisen, es genügt nicht, seine Existenz zweifelhaft zu machen. Aehnlich Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX Anh. S. 5. [Vangerow 7. Aufl. III S. 281. 282.]

[3] L. 12 §. 2 l. 14 pr. D. h. t. Schliemann S. 29—31.

[4] Exceptio quod metus causa, actio quod metus causa. Das Nähere über diese exceptio und actio, sowie über die in integrum restitutio wegen metus, s. unten. — Auch im bonae fidei iudicium konnte der Zwang geltend gemacht werden, obgleich der Judex nicht ausdrücklich darauf verwiesen war. L. 8 C. de resc. vend. 4. 44.

genden, sondern gegen Jeden in Folge des Zwanges Bereicherten[5]. Jedoch ist, damit der Zwang diese weitgehende Wirkung habe, erforderlich sowohl daß das gedrohte Uebel ein bedeutenderes, als daß die Furcht vor demselben eine begründete gewesen sei[6]. Ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so fällt der Schutz gegen Dritte weg, nicht aber auch die Einrede und der Wiederherstellungsanspruch gegen den Zwingenden[7].

6. Inhalt des Rechtsgeschäfts*.

§. 81.

Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hängt endlich auch von seinem Inhalt ab; der Grund, weßwegen einem Rechtsgeschäft die rechtliche Anerkennung versagt wird, kann auch der Inhalt des in ihm erklärten Willens sein. Die hierher gehörigen Bestimmungen sind aber zum großen Theil ganz specieller Natur,

---

[5] Die exceptio wie die actio quod metus causa sind in rem scriptae, l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 §. 1. 8 l. 10 pr. l. 14 §. 3. 5 D. h. t. [Vangerow III §. 605 Anm. 2 a. E., Exner Tradition S. 255 fg. Anm 5.] Ueber die Erstreckung der Wiedereinsetzung auf Dritte s. §. 120 Note 4.

[6] L. 3 §. 1 — l. 9 pr. l. 22. 23 §. 1. 2 D. h. t., l. 13 C. de transact. 2. 4, l. 4. 7. 8. 10 C. h. t. Die Quellen verlangen „timorem maioris malitatis", und nennen speciell als genügend Bedrohung des Lebens, des Leibes und der Freiheit, während sie umgekehrt Bedrohung des guten Rufes und Bedrohung mit Processen (Seuff. Arch. XVIII. 112, [VIII. 27, XX. 219, XXII. 216]) als nicht hinreichend bezeichnen. Bei den in den Quellen genannten Fällen stehen zu bleiben, wie Savigny III S. 105—107 will, oder auch nur, wie Schliemann S. 15—22 thut, daraus das Princip zu bilden daß unter allen Umständen eine Bedrohung der Person erforderlich sei, erscheint bei der unbestimmten Ausdrucksweise der Quellen bedenklich. Zustimmend Arndts §. 61 Anm. 4; ebenso Kramer p. 167 sq., der als positives Erforderniß aufstellt: Unwiderherstellbarkeit des Uebels. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 27. Bedrohung von Angehörigen: l. 8 §. 3 D. h. t. Schliemann S. 20, Kramer p. 187 sq. Die Quellen verlangen ferner „metum non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat" (l. 6 D. h. t.), wobei man nur den Superlativ nicht urgiren darf. Schliemann S. 26—28.

[7] In dem Zwange liegt immer eine bewußte Widerrechtlichkeit, und so ist unter allen Umständen die actio und exceptio doli begründet. Ferner ist begründet die condictio ob turpem causam, bei Bedrohung mit Processen auch das edictum de calumniatoribus (Dig. 3. 6).

* Wächter II §. 90.

und entziehen sich daher der hier anzustellenden Betrachtung[1]; von allgemeiner Bedeutung sind folgende.

1) Nichtig sind die Willenserklärungen, welche auf etwas Unmögliches gerichtet sind[2].

2) Nichtig sind auch diejenigen, die sich in Widerspruch setzen mit Rechts- oder Sittengesetzen[3].

3) Nichtig sind ferner diejenigen, durch welche über Etwas verfügt wird, worüber der Verfügende nicht verfügen kann. Es kann aber erstens Niemand verfügen über die Rechtssphäre eines Andern[4], es müßte denn dieser Andere seine Einwilligung dazu gegeben haben[5], oder das Recht dazu in irgend einer sonstigen

---

§. 81. [1] So z. B. die Bestimmung, daß sich Ehegatten nicht schenken können, daß nicht jedes Maß von Zinsen versprochen werden kann 2c.

[2] L. 1 §. 9—11 D. de O. et A. 44. 7, l. 35 pr. l. 97 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 31. 185 D. de R. I. 50. 17.

[3] §. 36 i. f. I. de leg. 2. 20, l. 112 §. 3 D. de leg. I° 30, l. 26. 27 pr. l. 35 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 4 C. de inut. stip. 8. 39. Vgl. aus Seuffert's Arch. die II §. 314 Note 4 citirten Erkenntnisse.

[4] Es kann Niemand die Sache eines Andern veräußern, es kann Niemand durch sein Versprechen einen Andern zum Schuldner machen 2c.

[5] L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2. 5 C. de reb. al. 4. 51, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Vgl. l. 165 D. de R. I. 50. 17. Durch die Ertheilung seiner Einwilligung eignet sich derjenige, über dessen Rechtssphäre verfügt wird, die fremde Willenserklärung juristisch an, als wäre sie seine eigene; aber es ist darum nicht weniger wahr, daß sie thatsächlich eine fremde ist. Deßwegen geht Ihering (Jahrb. f. Dogm. I S. 307. vgl. II S. 125—128) wenigstens im Ausdruck zu weit, wenn er behauptet, daß der Verfügende „am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil (habe)". Aus seiner Person wird immerhin der Körper des Rechtsgeschäfts genommen, nicht bloß die Erklärung, sondern auch der Wille; weßwegen es auch von dem in die Freilassung seines Sclaven einwilligenden Herrn zwar in l. 22 D. de manum. vind. 40. 2 heißt: „ipse manumittit", aber in l. 30 §. 1 D. qui et a quib. 40. 9: „non manumisi, sed pro eo habendus sum, ac si manumisissem" (vgl. l. 9 §. 2 D. de don. 39. 5). Es ist hier wie in dem Fall, wo Jemand mit Einwilligung eines Andern in dessen Namen eine Willenserklärung abgibt (§. 73), und der Unterschied eben nur der, daß der Verfügende hier in eigenem Namen, nicht als Vertreter eines Andern, handelt. — Kann die einmal ertheilte Einwilligung zurückgenommen werden? Es kommt zunächst darauf an, ob der Einwilligende sich hat binden wollen. Aber auch wenn er dieß gewollt hat, ist die Regel die,

Weise gesetzlich begründet sein[6]. Jene Einwilligung kann auch nachträglich gegeben werden[7], in welchem Falle man wieder, wie bei der Anerkennung einer in unserem Namen abgegebenen Willenserklärung (§. 74), von Genehmigung spricht[8]; näher über dieselbe §. 83. Zweitens kann es auch vorkommen, daß Jemand in der Verfügung über seine eigene Rechtssphäre beschränkt ist. Ein Satz von allgemeinerer Bedeutung, welcher hierher gehört, ist, daß unter Vormundschaft gestellte Personen von ihrem Vermögen nichts veräußern können[9].

C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*.

1. Begriff und Arten.

§. 82.

Der Begriff der Ungültigkeit ist im Allgemeinen bereits angegeben worden. Ungültig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches,

---

daß er die ertheilte Macht nur nicht zurücknehmen darf, während sein Können, vorbehaltlich zu leistenden Schadensersatzes, nicht ausgeschlossen ist. Jedoch kommt es auch vor, daß die ertheilte Machtbefugniß sich zu einem selbständigen Rechte gestaltet, so bei der Verpfändung, der (römischen) Cession. Das in diesen Fällen Anerkannte will für das heutige Recht zur Regel erheben Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 131. 132. 133.

[6] Hierher gehört im Besonderen der Fall des Pfandrechts, nicht bloß des gesetzlichen und gerichtlichen, sondern auch des vertragsmäßigen, da bei dem letzteren auf die Fortdauer der Einwilligung des Berechtigten nichts ankommt.

[7] L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de reb. al. 4. 51.

[8] Der Ausdruck ratihabitio wird in den Quellen zwar vorzugsweise von dem Falle der nachträglichen Einwilligung gebraucht, aber nicht mit Strenge auf ihn beschränkt, vgl. z. B. l. 44 §. 1 D. de usurp. 41. 3, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Ebenso wird auch der Ausdruck consentire nicht bloß von vorgängiger Einwilligung gebraucht, vgl. z. B. l. 3 C. de R. V. 3. 32.

[9] In der Entziehung der Veräußerungsfähigkeit liegt eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, und so ist von diesem Punkt bereits oben in der Lehre von der Handlungsfähigkeit (§. 71) gehandelt worden. Die Verfügungs- (Dispositions-) Unfähigkeit als eine besondere Eigenschaft der Person der Handlungsunfähigkeit entgegenzusetzen, ist keine Veranlassung vorhanden.

* Savigny IV §. 202. 203, Wächter II §. 86, Sintenis I §. 24, Unger II §. 91. 92.

weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht, für das Recht nicht gilt, d. h. welchem das Recht die Kraft nicht zugesteht, die von ihm beabsichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen. Der Begriff der Ungültigkeit ist daher enger, als der der Unwirksamkeit; ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein auch ohne daß durch seine Mangelhaftigkeit sein Können gelähmt ist[1].

In dem Begriff der Ungültigkeit gibt es Gegensätze.

1) Der bei Weitem wichtigste dieser Gegensätze ist der ebenfalls im Allgemeinen bereits oben erörterte Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Entweder nämlich ist ein Rechtsgeschäft ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, eben so wenig, als wäre es nie abgeschlossen worden, so daß es für das Recht wie nicht vorhanden ist; ein solches Rechtsgeschäft nennt man ein nichtiges Rechtsgeschäft[2]. Oder ein Rechtsgeschäft ist ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung zwar zunächst

---

§. 82. [1] So wenn die ihm hinzugefügte Bedingung ausgefallen ist. Das Rechtsgeschäft entspricht hier allen rechtlichen Anforderungen; daß es nicht wirkt, hat seinen Grund nicht in seinem Nichtkönnen, sondern in seinem Nichtwollen. Ebenso, wenn die Genehmigung nicht erfolgt, auf welche hin Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen hat (§. 74). — Es soll zwar nicht geleugnet werden, daß nach dem Wortsinn an und für sich ungültig auch diejenige Willenserklärung genannt werden kann, welche nicht wirkt, weil sie nicht wirken will; man kann auch von ihr sagen, daß sie für das Recht nicht gilt. Aber eine Unterscheidung in der Bezeichnung ist Bedürfniß, und Niemand wird bestreiten, daß der Sprachgebrauch ungültig vorzugsweise Dasjenige nennt, was nicht anerkannt wird, obgleich es anerkannt sein möchte. — Jedenfalls aber dürfen diejenigen Fälle nicht unter den Begriff der Ungültigkeit gestellt werden, in welchen die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht in ihm selbst seinen Grund hat, sondern in einer Thatsache, welche die Wirkung trifft, ohne das Rechtsgeschäft zu berühren, z. B. in einer eingetretenen Verjährung. Savigny (IV S. 542) geht so weit, sogar den Fall der Erfüllung einer Obligation unter den Begriff der Ungültigkeit zu ziehen. — Uebrigens kann der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinn in den der Ungültigkeit übergehen; dieß ist der Fall bei der Voraussetzung (§. 97 Note 5).

[2] Die entsprechenden römischen Ausdrücke: negotium nullum, negotium nullius momenti werden in den Quellen nicht mit derjenigen Strenge, mit welcher wir den Ausdruck Nichtigkeit handhaben, von dem anfechtbaren Rechtsgeschäft ferngehalten, vgl. z. B. l. 16 §. 1 D. de minor. 4. 4, l. 3 §. 3 D. pro socio 17. 2, l. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8, sowie umgekehrt der

erzeugt, dieselbe sich aber als unbrauchbar erweist, um denjenigen thatsächlichen Zustand herbeizuführen, auf dessen Herbeiführung das Rechtsgeschäft gerichtet ist. Dieß letztere ist noch in doppelter Weise denkbar. Entweder so, daß die aus dem Rechtsgeschäfte an und für sich erwachsene rechtliche Wirkung in sich selbst kraftlos ist, oder so, daß ihre Wiederaufhebung verlangt werden kann. Das Erste ist der Fall, wenn der von dem Rechtsgeschäft erzeugte Anspruch mit einer Einrede behaftet ist, so daß er wider Willen desjenigen, gegen den er begründet ist, nicht durchgesetzt werden kann[3]. Bei dem Zweiten findet noch der Unterschied Statt, daß die Wiederaufhebung entweder durch den Richter zu geschehen hat[4], oder aber durch die Thätigkeit desjenigen, zu Gunsten dessen die rechtliche Wirkung eingetreten ist oder gegenwärtig besteht[5]; denkbar ist es auch, daß sie durch eine einfache Erklärung desjenigen, welcher sich durch die eingetretene rechtliche Wirkung beschwert findet, beschafft werden kann[5a]. Jedenfalls ist also, wenn das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, eine Reaction gegen dasselbe erforderlich, um seine Wirksamkeit auszuschließen, während eine solche Reaction bei dem nichtigen Rechtsgeschäft nicht nur nicht nöthig, sondern nicht einmal denkbar ist[6]. Und diese Reaction muß von bestimm-

---

Ausdruck rescindere auch von dem nichtigen Rechtsgeschäft gebraucht wird, z. B. l. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14, l. 64 §. 1 D. de cond. 35. 1, Ulp. §. 1. 2.

[3] Beispiele: exceptio quod metus causa, doli, SC^i Macedoniani, SC^i Velleiani.

[4] Beispiele: in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi testamenti.

[5] Beispiele: actio doli, actio quod metus causa. — Man bemerke, daß es heißt: die Wiederaufhebung der eingetretenen rechtlichen Wirkung, nicht: die Anfechtung, habe durch denjenigen zu geschehen, zu Gunsten dessen die Wirkung eingetreten ist.

[[5a] Vgl. III §. 591 Note 13.]

[6] Daher hat namentlich eine Nichtigkeitsklage nur Sinn als Präjudicialklage, d. h. als Klage auf Declaration der Nichtigkeit. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 208; VI. 319. 320, XV. 144. Im Widerspruch hiermit wollte eine früher sehr verbreitete Ansicht in wichtigen Fällen (vgl. Unger §. 91 Note 29. 30) das Dasein der Nichtigkeit von der Durchführung der s. g. querela nullitatis abhängig machen, und stellte demgemäß den Satz auf, daß durch die Verjährung dieser Klage die Nichtigkeit geheilt werde. Zur unbestrittenen Herrschaft ist diese Ansicht im Proceß und im Eherecht gelangt. Vgl. noch Seuff. Arch. VI S. 455—458. (Dem an diesem Orte bezeichneten

ten Personen ausgehen, während auf die Nichtigkeit sich Jedermann berufen kann. Aus dem letzteren Grunde nennt man die Ungültigkeit, welche nicht Nichtigkeit ist, auch relative Ungültigkeit (die Nichtigkeit selbst absolute). Gebräuchlicher ist heutzutage die bereits angegebene Bezeichnung Anfechtbarkeit [7].

2) Ein fernerer Gegensatz in der Ungültigkeit ist der, daß sie entweder entschieden oder unentschieden sein kann. Entweder — und dieß bildet den regelmäßigen Fall — versagt das Recht von vorne herein dem Rechtsgeschäft seine Anerkennung, oder das Recht läßt es einstweilen noch dahin gestellt, ob das Rechtsgeschäft seine Anerkennung verdient oder nicht, und macht seine Entscheidung von dem Eintreten oder Nichteintreten eines künftigen ungewissen Umstandes abhängig. Dieser Umstand kann namentlich auch die Willenserklärung einer der beim Rechtsgeschäft betheiligten Person sein; je nach dem diese Person will, ist das Rechtsgeschäft, und zwar von Anfang an, gültig oder ungültig. Die

Bedürfniß hilft die römische condictio possessionis ab. Das Erk. XVIII. 113 gibt actio in factum, wodurch in der That nichts erklärt ist.)

[7] Dieser Ausdruck ist durch Savigny zu einer fast allgemeinen Anerkennung gelangt, obgleich er nicht ganz paßt, da er den Fall, wo gegen den von dem Rechtsgeschäft erzeugten Anspruch nur eine Einrede begründet ist, schlecht bezeichnet. — Man begegnet wohl der Ansicht, die Anfechtbarkeit sei nicht selbst Ungültigkeit, sondern eröffne nur die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft ungültig zu machen; dasselbe sei nicht eher ungültig, bis die Anfechtbarkeit geltend gemacht worden sei. Am bestimmtesten ist diese Ansicht von Wächter (II S. 653 [Note 3]. 656. 657) ausgesprochen worden; vgl. auch Sintenis I S. 211. 218 und unten Note 9 a. E. Wenn der aufgestellte Begriff der Ungültigkeit richtig ist, so ist diese Ansicht unrichtig. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist dadurch eben, daß es anfechtbar ist, nicht minder in seiner Kraft gehemmt, als das nichtige; es findet hier ein Unterschied in der Art und Weise, und, wenn man will, im Grade der Hemmung statt; aber das thut dem Wesen des Begriffs keinen Eintrag. Offenbar unter dem Einflusse dieser Auffassung steht die Behauptung Wächter's (II S. 656, vgl. Unger II S. 161), daß, wenn in Folge der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes seine Wirkung wiederaufgehoben werde, dieß nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit, geschehe. Geht man dagegen davon aus, daß die Anfechtbarkeit selbst schon Ungültigkeit sei, die Wiederaufhebung Folge und Ausdruck der Ungültigkeit, nicht ihr Grund, so gelangt man umgekehrt zu dem Satze, daß die Wiederaufhebung auch für die Vergangenheit wirke, und man wird in den Fällen, wo das positive Recht der Wiederaufhebung ausgesprochenermaßen eine solche Wirkung nicht beilegt, nur eine Abweichung von dem Principe erblicken

in Folge einer solchen Erklärung eintretende Ungültigkeit kann an und für sich sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit sein; gewöhnlich denkt man nur an den letzteren Fall[8]. Derselbe unterscheidet sich von der (entschiedenen) Anfechtbarkeit dadurch, daß in ihm das von dem Willen der betreffenden Person Abhängige ist, ob von einer irgend welchen Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt soll geredet werden können, bei der Anfechtbarkeit hingegen, ob die von dem Rechtsgeschäfte zweifellos an und für sich hervorgebrachte rechtliche Wirkung zur thatsächlichen Geltung gelangen soll, oder nicht[9].

---

[8] Insofern in demselben die Nichtigkeit von dem Willen einer bestimmten Person abhängt, kann man sie auch eine relative Nichtigkeit nennen, wo denn die entschiedene Nichtigkeit als absolute erscheint. [Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus ꝛc. S. 123 Note 82.] — Es ist gegen die s. g. relative Nichtigkeit eine lebhafte Opposition erhoben worden in einem gründlich geschriebenen Aufsatz von Brandis (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 4. 5 [1834]), und diese Opposition hat vielfachen Anklang gefunden, vgl. z. B. Vangerow I S. 397. 518. 630. II §. 485 Anm. z. E., Sintenis I §. 24 Note 17, Böcking I §. 119. d. e. Versteht man, wie das freilich gewöhnlich geschieht, unter relativer Nichtigkeit eine Nichtigkeit, welche für den Einen vorhanden ist, für den Andern aber nicht, so ist das allerdings ein in sich verkehrter Begriff; versteht man unter ihr das im Text Angegebene, so macht ihr Begriff keinerlei Schwierigkeit. Jedenfalls ist derselbe unentbehrlich für das heutige katholische Eherecht. Ob aber alle die Fälle, welche man gewöhnlich zur relativen Nichtigkeit zählt, wirklich unter dieselbe gehören, ist eine andere Frage; was namentlich die s. g. relative Nichtigkeit zweiseitiger Verträge angeht, s. II §. 321 Note 22—24. — Wächter (II S. 669) faßt die unentschiedene Nichtigkeit als Gültigkeit auf, welche durch die Erklärung einer Partei zur Nichtigkeit, d. h. zur Unwirksamkeit von Anfang an, werde. Für uns wäre das Anfechtbarkeit, da wir nicht zugeben, was Wächter behauptet, daß es im Begriffe der Anfechtbarkeit liege, daß das angefochtene Rechtsgeschäft nur für die Zukunft unwirksam werde (Note 7). In anderen Fällen, welche gewöhnlich als Fälle der relativen Nichtigkeit bezeichnet werden, nimmt Wächter (S. 667) eine Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung einer Partei zur Gültigkeit werde, so namentlich in dem Fall, wo ein Geschlechtsunreifer einen zweiseitigen Vertrag ohne Mitwirkung des Vormunds abgeschlossen hat. Dieß ist auch die Auffassung von Unger II S. 149, während Schliemann Lehre vom Zwange S. 137. 138 richtig betont, daß vor der Entscheidung weder Gültigkeit noch Nichtigkeit vorhanden ist.

[9] Welcher Unterschied freilich praktisch in dem Falle keiner ist, wo die Anfechtung nur Erklärung der betreffenden Person voraussetzt. — Savigny

3) Die Ungültigkeit kann eine ursprüngliche oder eine nachfolgende sein; derjenige Umstand, welcher die Willenserklärung ihrer Kraft beraubt, kann sogleich mit der Willenserklärung vorhanden sein, oder erst nach ihr eintreten[10]. Es ist aber zu warnen vor dem Irrthum, als ob jeder Umstand, welcher, wenn er sogleich vorhanden gewesen wäre, die Willenserklärung ungültig gemacht haben würde, auch durch sein späteres Eintreten die Ungültigkeit der Willenserklärung herbeiführe[11].

4) Die Ungültigkeit bezieht sich entweder auf den gesammten

(IV S. 539) zählt die Anfechtbarkeit selbst zur unentschiedenen Ungültigkeit. Es liegt dem die in Note 7 bezeichnete Verwechslung zu Grunde (vgl. IV S. 560).

[10] An einer nachfolgenden Ungültigkeit leidet z. B. die Willenserklärung, welche in zulässiger Weise zurückgenommen worden ist, das Testament nach der Geburt eines nicht berücksichtigten Notherben, die Veräußerung einer Sache nach Eintritt der Bedingung, wodurch dem Veräußernden das Eigenthum genommen wird. Aber nicht wird eine nachfolgende Ungültigkeit durch die Geltendmachung der Anfechtbarkeit begründet (Note 7). Ebenso wenig ist eine nachfolgende Ungültigkeit vorhanden, wenn eine bisher unentschiedene Ungültigkeit sich in eine entschiedene verwandelt; dadurch wird nicht eine Mangelhaftigkeit des Rechtsgeschäfts nachträglich begründet, sondern festgestellt, daß eine Mangelhaftigkeit von Anfang an vorhanden gewesen ist.

[11] In den Quellen findet sich diese falsche Abstraction allerdings. L. 3 §. 2 D. de his quae pro non scriptis 34. 8: — „quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur". Ebenso l. 16 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 98 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1. Dagegen l. 85 §. 1 D. de R. I. 50. 17. „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt". Ebenso l. 140 §. 2 D. de V. O. 45. 1. So wird die Willenserklärung nicht dadurch ungültig, daß der Urheber später wahnsinnig wird, die Schenkung nicht dadurch, daß der Schenker und die Beschenkte später eine Ehe eingehen. Fragt man nach der hier zu ziehenden Grenze, so darf diese nicht dadurch bezeichnet werden, daß man sagt: Ungültigkeit trete ein bei dem Hinwegfallen eines solchen Erfordernisses, welches nicht bloß zum Entstehen, sondern auch zum Bestehen des Rechtsgeschäftes erforderlich sei (Unger S. 144, nach Wächter S. 669). Denn das ist nur ein anderer Ausdruck der Frage; zum Bestehen des Rechtsgeschäftes sind eben diejenigen Umstände erforderlich, ohne welche dasselbe nicht gültig ist. Es bleibt nichts Anderes übrig, als im Einzelnen anzugeben, welche Ungültigkeitsgründe von der einen, und welche von der anderen Art sind. Versuche dazu bei Böcking §. 119. i, Unger S. 144.

Umfang des in einem Rechtsgeschäft Gewollten, oder nur auf einen Theil desselben[12].

5) Die Ungültigkeit ist vorhanden entweder für das Recht überhaupt, oder nur für denjenigen Rechtssatz, welchen der das Rechtsgeschäft Abschließende zunächst in's Auge gefaßt hat. Den Anforderungen, welche dieser Rechtssatz an ein gültiges Rechtsgeschäft stellt, genügt das Rechtsgeschäft nicht; dagegen entspricht es den Auforderungen eines anderen Rechtssatzes, aus welchem die gleiche rechtliche Wirkung hervorgeht[13]. Indem das Rechtsgeschäft nach diesem letzteren Rechtssatz aufrecht erhalten wird, befolgt man den präsumtiven Willen seines Urhebers[14]. Gewöhnlich

---

[12] So ist die nicht insinuirte große Schenkung gültig bis zur Insinuationssumme, ungültig, soweit sie diese Summe überschreitet. — Die Ungültigkeit, welche sich auf einen Theil des Gewollten bezieht, hat die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts dann zur Folge, wenn ohne den ungültigen Theil auch der andere Theil rechtlich nicht bestehen kann, oder nach der Absicht des Urhebers nicht bestehen soll. So ist das Zinsversprechen ungültig, wenn das Capitalversprechen es ist. „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent", l. 129 §. 1 D. de R. I. 50. 17, vgl. l. 178 eod. Sonst heißt es: „utile non debet per inutile vitiari", c. 37 de R. I. in VI° 5. 13, l. 1 §. 5 D. de V. O. 45. 1.

[13] Beispiele. Ein Soldat will nach gemeinem Rechte testiren, und erfüllt nicht die Anforderungen desselben; sein Testament ist immerhin gültig nach dem besonderen Recht des Soldatenstandes (l. 3 D. de test. mil. 29. 1). Ein nach dem Recht der acceptilatio ungültig abgeschlossener Erlaßvertrag kann gültig sein nach dem Recht des pactum de non petendo (l. 5 pr. D. de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. de accept. 46. 4). Ein ungültiges Wechselversprechen kann gültig sein nach dem Rechte des Schuldscheins.

[14] „Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia", l. 3 D. de test. mil. cit. Selbst da nehmen unsere Quellen keinen Anstand, es für das Wahrscheinlichste zu halten, daß der Urheber des Rechtsgeschäftes Wirkung desselben nicht bloß nach dem zunächst in's Auge gefaßten Rechtssatz gewollt habe, wo die Wirkung, welche es nach diesem gehabt haben würde, bloß im Wesen mit derjenigen übereinkommt, welche sich aus dem wirklich zutreffenden Rechtssatze ergibt, nicht aber in allen Eigenschaften, so namentlich bei acceptilatio und pactum de non petendo. Wenn dagegen der wirklich zutreffende Rechtssatz eine Wirkung ganz anderer Art erzeugt, als der in's Auge gefaßte, wenngleich eine Wirkung, welche im Allgemeinen dieselbe Richtung verfolgt, so ist ohne ausdrückliche Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäftes nicht anzunehmen, daß auch diese Wirkung anderer Art gewollt

spricht man in diesem Falle von einer „Conversion" des Rechtsgeschäftes[15].

2. Heilung der Ungültigkeit.

§. 83.

Kann ein ungültiges Rechtsgeschäft hinterher gültig werden? Kann die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts geheilt werden[1]? Die Umstände, welche hier in Betracht kommen, sind folgende.

1) Wegfallen des Ungültigkeitsgrundes, also Aufhebung der Thatsache, deren Vorhandensein, Entstehen der Thatsache, deren Mangel die Ungültigkeit zu Wege gebracht hat. Auszugehen ist davon, daß hierdurch die Ungültigkeit nicht geheilt wird; es kann jetzt eine Willenserklärung, welcher die rechtliche Anerkennung zu Theil wird, neuerdings abgegeben werden, aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß der abgegebenen die rechtliche Anerkennung nicht zu Theil geworden ist[2]. Nur in Ausnahmefällen

---

sei. Daraus erklären sich die Entscheidungen in l. 1 §. 4 D. de pec. const. 13. 5, l. 9 D. de spons. 23. 1, l. 1 D. de iure. cod. 29. 7. Daß hier übrigens die Grenze keine scharf gezeichnete ist, und daher im einzelnen Fall der Auslegung viel überlassen werden muß, liegt auf der Hand. Unger (Inhaberpapiere S. 92. 93) geht wohl zu weit, wenn er auf Grund von l. 47 D. de O. et A. 44. 7 bei allen Obligationsacten die Präsumtion für die Nichterstreckung sprechen läßt. L. 1 §. 2 D. de V. O. 45. 1 gehört nur unter der Voraussetzung hierher, daß durch ein nudum pactum nach römischem Recht eine naturalis obligatio erzeugt wurde, worüber zu vergleichen ist II §. 289 Note 1.

[15] Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt. Das Rechtsgeschäft wird nicht dadurch aufrechterhalten, daß es zu einem andern gemacht wird, sondern es wird aufrechterhalten als das, was es ist, es wird nur eine nicht auf der Hand liegende Seite desselben herausgekehrt. — Eine besondere Behandlung dieser Lehre hat Römer (Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 4 [1853]) gegeben; vgl. auch Unger Inhaberpapiere S. 90—94.

§. 83. [1] Gewöhnlich spricht man von Convalescenz der Rechtsgeschäfte, obgleich der Ausdruck convalescere weder an und für sich auf den Fall beschränkt ist, wo ein Rechtsgeschäft durch Gültigwerden Wirksamkeit gewinnt, noch in den Quellen darauf beschränkt wird. In l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4 wird er sogar von einem nachstehenden Pfandrecht gebraucht, welches durch Wegfallen des vorhergehenden zur vollen Wirksamkeit gelangt.

[2] L. 29 D. de R. I. 50. 17. „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere". Vgl. l. 201 eod., l. 1 pr. D. de reg. Cat. 34. 7; l. 26 D. de stip. serv. 45. 3.

begnügt sich das Recht auch mit einem späteren Eintreten des zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes Erforderlichen. So namentlich, wenigstens regelmäßig[3], da, wo zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes der Consens einer dritten Person erforderlich ist; die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes wird hier durch die nachträgliche Ertheilung dieses Consenses, durch die Genehmigung[4] dieser dritten Person, geheilt[5]. Diese Genehmigung hat auch rückwirkende Kraft, so jedoch, daß in der Zwischenzeit entstandene Rechte Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden[6]. Ferner gehört hierher, wenig-

---

[3] Eine Ausnahme findet z. B. Statt bei der auctoritas tutoris (§. 71 Note 7). S. ferner l. 65 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, pr. I. de nupt. 1. 10 (freilich auch l. 12 pr. D. de his qui not. 3. 2).

[4] Es ist dieß eine der ferneren Anwendungen des Begriffs der Genehmigung (ratihabitio), auf welche in §. 74 Note 3 hingewiesen worden ist. Die Literaturangaben s. daselbst. [L. Seuffert Ratihabition der Rechtsgeschäfte S. 95—116.]

[5] Der wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der, wo Jemand die Verfügung, welche ein Anderer über seine Rechtssphäre getroffen hat, genehmigt (§. 81 Note 7). Andere Fälle sind: der Curator genehmigt die vom Minderjährigen gemachte Veräußerung, der Vater das dem Haussohne gegebene Darlehn (l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28), der Gläubiger die einem Anderen zum Zwecke der Tilgung der Schuld gemachte Zahlung (l. 12 §. 4 D. de sol. 46. 3). — Nicht ganz auf gleicher Linie mit der Genehmigung steht der Fall, wo zu einem Rechtsgeschäfte in dem Sinne die Mitwirkung Mehrerer erforderlich ist, daß Jeder als selbständig Handelnder aufzutreten hat, wie bei der Bestellung einer Dienstbarkeit an einem im Miteigenthum stehenden Grundstück oder für ein solches Grundstück. Aber auch in diesem Falle ist anerkannt, daß die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer nicht gleichzeitig zu erfolgen brauchen, allerdings nur mit einer Beschränkung, und ohne daß der letzten Willenserklärung rückwirkende Kraft beigelegt wird. S. l. ult. D. comm. praed. 8. 4 und §. 212 Note 3. 8. [L. 8 §. 2 D. de opt. leg. 33. 5.]

[6] Es gilt hier dasselbe, was oben (§. 74 Note 6) in Betreff der Genehmigung der von einem Dritten in unserem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gesagt wurde, nämlich daß zwar an und für sich der Genehmigung rückwirkende Kraft nur in dem Sinne beigelegt werden kann, daß der Genehmigende verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes schon damals eingetreten, daß aber l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 nöthigt, weiterzugehen, und der Genehmigung rückwirkende Kraft schlechthin zuzuschreiben (s. Note 10), wobei nur die im Texte hinzugefügte Beschränkung sich von selbst versteht. Für die Rückwirkung sprechen auch

stens in einem gewissen Sinne, der Fall, wo der Veräußerer das zur Veräußerung berechtigende Eigenthums- oder Verfügungsrecht nicht hat, aber hinterher erwirbt[7].

2) Bestätigung. Unter Bestätigung wird verstanden die Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäftes, daß dasselbe gültig sein solle[8]. Es versteht sich von selbst, daß die Bestätigung, um wirksam zu sein, nicht ihrerseits an einem Ungültigkeitsgrunde, und namentlich nicht an demselben Fehler leiden darf, welcher der bestätigten Willenserklärung anklebt. Was aber die Wirkung der Bestätigung näher angeht, so ist zu unterscheiden zwischen dem anfechtbaren und dem nichtigen Rechtsgeschäft. Bei dem anfechtbaren Rechtsgeschäft wirkt die Bestätigung als Verzicht auf das Anfechtungsrecht, und gewährt so der von Anfang an vorhanden gewesenen Wirkung des Rechtsgeschäftes die Möglichkeit freier Entfaltung[9]. Was die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes angeht, so wäre an und für sich zu sagen, daß dieselbe als Bestätigung überhaupt keine Wirkung auszuüben vermöge, da das gar nicht Vorhandene auch nicht kräftig gemacht werden könne, sondern nur als neuer Abschluß eines Rechtsgeschäfts gleichen Inhalts. Das römische Recht hat sich jedoch hierüber hinweggesetzt, und die Bestätigung auch des nichtigen Rechtsgeschäfts als Bestätigung allerdings anerkannt. Ja es legt derselben sogar rückwirkende Kraft

---

l. 56 D. de iud. 5. 1 und l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1, obgleich diese Stellen allerdings keinen unumstößlichen Beweis enthalten, ferner l. 71 §. 1. 2 D. de sol. 46. 3, mit welcher Stelle freilich l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8 in directem Widerspruch steht (vgl. Fein Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 179—181); widersprechend auch l. 5 pr. D. quis ordo 38. 15. Aber auf Meinungsverschiedenheiten der römischen Juristen in Betreff der Wirkung der Genehmigung deutet auch Justinian in der citirten Coderstelle hin.

[7] Davon näher unten §. 172 Note 5—8, §. 172*a* Note 3. Vgl. einstweilen l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 42 D. de usurp. 41. 3.

[8] Gewöhnlich wird die Bestätigung als Genehmigung bezeichnet, und so thun auch die Quellen, welche regelmäßig von ratihabitio und nicht von confirmatio sprechen. So ergibt sich also wieder ein neuer Sinn (vgl. Note 4 und §. 74 Note 3) des Ausdrucks Genehmigung (ratihabitio). Bei der ohnehin hinreichend großen Vieldeutigkeit desselben ist es gewiß gerechtfertigt, ihn von der Bestätigung fernzuhalten. [L. Seuffert Ratihabition der Rechtsgeschäfte S. 117—159.]

[9] Beispiele in l. 3 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 4 C. de his quae vi 2. 20.

bei. Dieser letztere Satz erleidet jedoch wesentliche Einschränkungen: er gilt nicht, wenn das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig war wegen Formmangels, oder aus einem Grunde öffentlichen Interesses, und er gilt nicht gegenüber Rechten Dritter, welche in der Zwischenzeit erworben sind[10].

---

[10] Nach der jetzt herrschenden Meinung (Literaturangaben §. 74 Note 3) soll die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts nur als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts wirken, und daher auch der rückwirkenden Kraft ermangeln. Ich wiederhole, daß die Rechtsconsequenz dieß allerdings verlangt; nur müßte hinzugefügt werden, daß der Genehmigende immerhin obligatorisch gebunden sei, sich so behandeln zu lassen, als sei die Wirkung des jetzt abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bereits früher eingetreten (§. 74 Note 6). Aber die Rechtsconsequenz wird meiner Ansicht nach überwunden durch die ausdrückliche Vorschrift der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, wiederholt in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 (c. 10 de R. I. in VI° 5. 13), vgl. auch l. 3 C. si maior factus 5. 74, Nov. 162 c. 1 (nicht glossirt). Die herrschende Meinung geht zu leicht über diese Stellen hinweg. In der ersten schreibt Justinian vor, daß die letztwillige Bestätigung einer Schenkung zwischen Ehegatten oder einer sonstigen wegen Unfähigkeit des Beschenkten nichtigen Schenkung die Schenkung von Anfang an gültig machen solle, wenn beim Abschlusse derselben die Form gewahrt sei, sonst nur von der Zeit der Bestätigung an. Dann fügt er hinzu: „sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. Das Wenigste nun, was aus diesen Worten entnommen werden muß, ist, daß Justinian eine jede Bestätigung überhaupt als Bestätigung, und nicht als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes angesehen wissen will, so daß also z. B., wenn bei dem nichtigen Rechtsgeschäft die Form gewahrt worden ist, dieselbe bei der Bestätigung nicht wiederholt zu werden braucht. Es liegt nahe, den Versuch zu machen, ob sich nicht die genannten Worte so auslegen lassen, daß sie auch nur dieses sagen wollen, so daß also die rückwirkende Kraft der Bestätigung immer noch ausgeschlossen bliebe. Dafür läßt sich anführen, daß Justinian in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 offenbar selbst seinen Ausspruch nur in diesem Sinne anwendet: die Genehmigung ist fähig, der früher vorgenommenen Handlung Wirkung zu verleihen, man darf nicht sagen, daß die Genehmigung unwirksam sei, weil sie ein juristisches Nichts vorfinde. Aber auch diese Auslegung scheitert, wie ich glaube, vollkommen an dem übrigen Inhalt der l. 25 C. cit. Denn der fraglichen allgemeinen Verfügung derselben geht unmittelbar vorher eine Bestimmung, welche der Bestätigung nicht Wirkung überhaupt, sondern Wirkung von der Zeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes an beilegt, und diese Bestimmung eben ist es, welche sie verallgemeinert. So unbefriedigend das Resultat ist, welches sich hieraus ergibt, so wenig kann es, wie ich glaube, beseitigt werden. Unbefriedigend ist das Resultat namentlich aber auch deßwegen, weil der Satz von der rück-

3) Ablauf der Zeit. Durch Ablauf der Zeit kann ein ungültiges Rechtsgeschäft in sofern gültig werden, als die Berufung auf seine Ungültigkeit durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeit beschränkt sein kann. Dieß ist regelmäßig der Fall, wenn die Ungültigkeit durch einen gegen das Rechtsgeschäft gerichteten Angriff geltend gemacht werden muß; es kommt aber auch bei nichtigen Rechtsgeschäften vor[11].

3. Einfluß eidlicher Bestärkung auf die Ungültigkeit*.

§. 83a.

Es ist noch die Frage zu beantworten, ob eine an und für sich ungültige Willenserklärung durch eidliche Bestärkung[1] gültig wird. Im Princip ist diese Frage zu verneinen[2]. Davon gibt es zwei sichere Ausnahmen[3]: der Eid macht gültig die Willens-

wirkenden Kraft der Bestätigung nun doch wieder nicht ohne Ausnahmen anerkannt werden kann. Denn auch abgesehen davon, daß durch die rückwirkende Kraft der Bestätigung Rechte, welche für Dritte in der Zwischenzeit entstanden sind, nicht beseitigt werden können, was sich von selbst versteht, geht aus der Stelle selbst hervor, daß die rückwirkende Kraft durch einen Formmangel des ursprünglichen Rechtsgeschäfts ausgeschlossen wird. Und ebensowenig läßt sich annehmen, Justinian habe bestimmen wollen, daß auch in denjenigen Fällen das Rechtsverhältniß rückwärts existent werden solle, wo das Recht demselben im Interesse der öffentlichen Ordnung seine Anerkennung versagt hatte, wie z. B. in den Fällen der l. 4 §. 6 D. de off. proc. 1. 16, l. 65 § 1 D. de R. N. 23. 2. Vgl. aus dem früheren Rechte noch l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 4 D. pro don. 41. 6.

[11] S. z. B. l. 3 C. si mai. factus 5. 74. Im Uebrigen s. die in Note 2 abgedruckte l. 29 D. de R. I. 50. 17.

* Glück IV §. 341. Thibaut logische Auslegung §. 61. Weber natürliche Verbindlichkeit §. 118—123. Pfeiffer prakt. Ausführungen III. 9. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 191 fg. Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXV S. 227—255. Wächter II S. 773, Sintenis II S. 306 und dazu Anm. 1, Vangerow I §. 170, Puchta §. 253, Arndts §. 240 Nr. 1, Keller §. 226, Savigny System VII S. 49—53.

§. 83a. [1] Erklärt sofort bei Abgabe der Willenserklärung oder nach derselben bei Fortdauer des Ungültigkeitsgrundes.

[2] L. 7 §. 16 D. de pact. 2. 14, l. 5 §. 1 C. de leg. I. 14.

[3] Das römische Recht machte noch eine fernere Ausnahme bei Verträgen, durch welche ein Freigelassener seinem Patron Dienste versprach, l. 7 pr. §. 1 D. de op. lib. 38. 1, ep. Gaii II. 9 §. 5. Die Ausnahme der l. 4 C. de rec. 2. 56 ist durch Nov. 82 c. 11 wieder aufgehoben worden.

erklärungen geschlechtsreifer Minderjähriger[4], und die Zustimmung einer Ehefrau zur Veräußerung ihres unbeweglichen Dotalvermögens[5]. Viel weiter geht aber eine in der Doctrin und Praxis weit verbreitete Ansicht; dieselbe läßt durch den Eid alle Willenserklärungen gültig werden, welche nicht durch die Gesetze geradezu verboten sind[6].

D. Wirkung der Rechtsgeschäfte.

1. Im Allgemeinen.

§. 84*.

Die Wirkung der Rechtsgeschäfte bestimmt sich durch den

---

[4] L. 1 C. si adv. vend. 2. 28. Die Glossatoren stritten darüber, ob dieses Gesetz sich nur auf anfechtbare (der Wiedereinsetzung unterworfene), oder auch auf nichtige Willenserklärungen beziehe. Durch ein Gesetz Friedrich II., welches im Codex als Auth. *Sacramenta puberum* hinter der angeführten Stelle steht, wurde der Streit zu Gunsten der letzteren Meinung entschieden. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im Mittelalter IV S. 162 fg.

[5] C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI° 2. 11. Wenn das canonische Recht außerdem noch den Erbverzicht durch eidliche Bestärkung gültig werden läßt (c. 2 in VI° de pact. 2. 18), so ist derselbe nach heutigem Recht schon an und für sich gültig.

[6] Man sieht in den genannten Entscheidungen des canonischen Rechts den Ausdruck eines allgemeinen Princips, und beruft sich dafür auf die Motivirung derselben (c. 28 cit.: „cum in alterius praeiudicium non redundent, nec observata vergant in praeiudicium salutis aeternae", ähnlich c. 2 in VI° de pact. 2. 18; vgl. auch c. 8 X. de iurei., c. 58 in VI° de R. I. 5. 13). Aber bei der großen Gefährlichkeit eines solchen allgemeinen Princips ist es höchst bedenklich, dasselbe ohne Anhalt in einer directen gesetzlichen Sanction als rechtsverbindliche Norm aufzustellen; auch hat man sich über die demselben hinzuzufügenden Beschränkungen im Einzelnen nie vereinigen können vgl. namentlich Weber S. 537 fg. Gegen die Ausdehnung der Vorschriften sind von den angeführten Schriftstellern mit größerer oder geringerer Entschiedenheit: Weber, Pfeiffer, Mühlenbruch, Wächter, Puchta, Sintenis, Keller. Auch die neuere Praxis ist nicht mehr constant (s. Pfeiffer a. a. O., Seuff. Arch. II. 261 — gegen III. 53), so daß man die Frage auch nicht als durch ein Gewohnheitsrecht erledigt ansehen darf. Nur für den Fall der Intercession einer Frau, für welchen c. 9 X. de iurei. 2. 24 einen besonderen Anhalt gewährte, ist ein solches Gewohnheitsrecht wohl nicht zu bezweifeln (II §. 486 Note 5).

* Wächter II §. 108, Böcking I §. 117. Savigny Obligationenrecht II S. 189—195. Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 249—269.

Inhalt des in ihnen erklärten Willens. Es ist die Aufgabe der Auslegung, diesen Willen festzustellen.

Die Auslegung hat auch hier, wie da, wo der Sinn von Rechtsbestimmungen festgestellt werden soll, auszugehen von dem Wortsinn. Dabei ist aber Rücksicht zu nehmen nicht bloß auf den besonderen Sprachgebrauch des Ortes, an welchem die Willenserklärung abgegeben worden ist, sondern auch auf die individuelle Redeweise der Erklärenden[1].

Ist der Wortsinn kein unzweifelhafter, so muß der wirkliche Sinn der abgegebenen Erklärung gefunden werden mit Rücksicht theils auf ihren übrigen unzweifelhaften Inhalt[2], theils auf den Werth des Resultates[3], vorzugsweise aber mit Berücksichtigung der Gesammtheit der Umstände, unter welchen das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist. Führen auch diese Mittel nicht zum Ziele, so ist gegen denjenigen zu entscheiden, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrags oder der Betragsbestimmung ausgegangen ist[4], sodann für die mildere Auslegung[5], und zu

---

§. 84. [1] L. 50 §. 3 D. de leg. I° 30, l. 65 §. 7 l. 69 §. 1 D. de leg. III° 32, l. 18 §. 3 D. de instr. 33. 7, l. 34 D. de R. I. 50. 17.

[2] L. 50 §. 3 D. de leg. I° 30.

[3] L. 80 D. de V. O. 45. 1. „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit“. L. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est“. L. 31 D. de evict. 21. 2. Seuff. Arch. III. 301.

[4] L. 38 §. 18 l. 99 pr. l. 106 D. de V. O. 45. 1, l. 26 D. de reb. dub. 34. 5. Seuff. Arch. I. 347, III. 324. Wenn es in den Quellen heißt, daß Kauf- und Miethverträge gegen den Verkäufer und Vermiether ausgelegt werden sollen (l. 39 D. de pactis 2. 14, l. 21. 33 D. de contr. emt. 18. 1, l. 172 pr. D. de R. I. 50. 17), so ist das mit Maßgabe des im Texte Gesagten zu verstehen, vgl. auch l. 25 pr. l. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[5] L. 56 D. de R. I. 50. 17. „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt“. L. 168 pr. l. 192 §. 1 eod., l. 32 §. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Hierher gehört auch die Regel: „semper in obscuris quod minimum est sequimur“, l. 9. 34 D. de R. I. 50. 17. Vgl. auch l. 47 D. de O. et A. 44. 7.

Gunsten gewisser Rechtsverhältnisse, wohin außer der Dos[6] namentlich die letztwilligen Zuwendungen[7] gehören.

Von den zuvor erwähnten Mitteln darf aber nicht bloß zu dem Zwecke Gebrauch gemacht werden, um die Zweifel, welche der Wortsinn übrig läßt, zu beseitigen; sie berechtigen auch, bei unzweifelhaftem Wortsinn im Gegensatz zu demselben den wahren Willen des Erklärenden zur Geltung zu bringen[8]. Natürlich genügt aber nicht eine bloße Wahrscheinlichkeit, daß der Erklärende etwas Anderes gemeint als gesagt habe[9], und auch wenn dieß vollständig feststeht, ist doch immer noch erforderlich, daß seine Erklärung als ein irgend welcher Ausdruck seines wahren Willens angesehen werden könne[10].

In allen diesen Beziehungen aber besteht noch ein wesentlicher Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Willenserklärungen. Bei jenen genügt, das der Wille des Erklärenden überhaupt erkennbar sei; bei diesen ist außerdem erforderlich, daß er auch dem anderen Contrahenten erkennbar gewesen sei. Jeder Contrahent hat ein Recht auf die Erklärung des anderen Contrahenten in demjenigen Sinn, in welchem er sie auffassen mußte[11].

---

[6] L. 70 D. de I. D. 23. 3, l. 85 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 2 D. de I. D. S. außerdem l. 179 D. de R. I.

[7] L. 12 D. de R. I. 50. 17. „In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur". L. 24 D. de reb. dub. 34. 5, l. 12 §. 2 i. f. D. de usu. 7. 8.

[8] L. 219 D. de V. S. 50. 16. „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad *heredem* eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri placuit". L. 3 C. de lib. praet. 6. 28: — „cum . . . manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat". Seuff. Arch. VI. 324. HGB. Art. 278.

[9] L. 25 §. 1 D. de leg. III° 32. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio". L. 69 pr. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem".

[10] L. 7 §. 2 D. de suppell. 33. 10. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur".

[11] Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 72; Seuff. Arch. XVIII. 227. Mit hierher sind auch die Aussprüche der Note 7 zu ziehen.

Aus dem zuletzt gedachten Grunde findet auch die eigene Auslegung des Erklärenden ihre Haupt-, wenn nicht ihre einzige Anwendung bei letztwilligen Verfügungen[12].

§. 85.

Der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille hat zum Inhalt entweder solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäftes ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; oder er hat zum Inhalt solche Punkte, welche das Rechtsgeschäft, wenn auch verträgt, doch nicht fordert, — die Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts sind entweder wesentliche Bestimmungen, oder sie sind unwesentliche oder Nebenbestimmungen[1]. —

Die Wirksamkeit des in einem Rechtsgeschäft erklärten Willens kann von dem Erklärenden selbst beschränkt werden durch Hinzufügung einer Bedingung, Befristung, Voraussetzung. Hiervon muß im Folgenden näher gehandelt werden.

---

[12] Vgl. l. 21 §. 1 D. qui test. 28. 1, l. 96 D. de R. I. 50. 17; l. 12 D. de transact. 2. 15. — Außerdem darf nach dem zu Note 7 Bemerkten die eigene Auslegung in die Worte nichts hineintragen wollen, welches dieselben auszudrücken entschieden unfähig sind. Man sieht also, wie sehr sich die eigene Auslegung der Rechtsgeschäfte von der authentischen Auslegung der Gesetze unterscheidet; die letztere ist schlechthin bindend.

§. 85. [1] Dem Kaufvertrage ist z. B. wesentlich die Bestimmung, daß der Käufer eine Sache für sich haben solle gegen Zahlung eines Kaufpreises, unwesentlich die Bestimmung, daß das Kaufgeld vom Abschluß des Kaufvertrages an verzinst werden solle. Die einem Rechtsgeschäft wesentlichen Bestimmungen pflegt man essentialia negotii zu nennen, die unwesentlichen accidentalia. Wenn man als drittes Glied der Eintheilung die naturalia negotii hinzufügt, worunter man diejenigen Wirkungen des Rechtsgeschäftes versteht, welche das Recht an dasselbe anknüpft, auch ohne daß sie besonders ausgemacht sind (vgl. l. 11 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1: — „quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate"), so liegt der Vorwurf gegen diese althergebrachte Eintheilung nahe, daß sie Gewolltes und Nichtgewolltes zusammenstelle. Diesem Vorwurf läßt sich nur in der Weise begegnen, daß man sagt, das Recht bringe in der Anordnung jener naturalia negotii wenn auch nicht den wirklichen (bewußten), doch den eigentlichen Willen der Parteien zur Geltung, spreche nur aus, was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten. Vgl. oben §. 22 und Arndts §. 65 Anm.

2. Selbstbeschränkungen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

a. Bedingung*.

α. Begriff und Arten.

§. 86.

Bedingung in dem hierher gehörigen Sinn[1] ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes eintreten solle[2], und zwar wird sowohl diese Bestimmung selbst, als der Umstand, auf welchen sie gestellt ist, Bedingung

---

* Dig. 35. 1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 28. 7 de condicionibus institutionum. Cod. 6. 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub condicione factis. 6. 46 de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 8. 55 de donationibus quae sub modo vel condicione vel certo tempore conficiuntur. — Für die Schreibart condicio spricht die Autorität der Inschriften und der ältesten Handschriften. S. Fleckeisen Fünfzig Artikel aus einem Hülfsbüchlein für lateinische Rechtsschreibung (1861) S. 14. — Savigny III §. 116—124, Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XLI S. 45—276, Wächter II §. 92—96, Sintenis I §. 20, Unger II §. 82.

[1] Im weiteren Sinne bezeichnet der Ausdruck jede bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung. So auch das römische Wort condicio, vgl z. B. l. 10 §. 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 1 D. de in diem add. 18. 2. §. 86

[2] In der 1. Aufl. habe ich mich gegen die Auffassung derjenigen erklärt (Arndts §. 66, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 248. 249, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 337. 349, Unger II S. 56. 57 — ich hätte hinzufügen sollen mich selbst Voraussetzung S. 2. 44. 143 —), welche das Wesen der Bedingung darein setzen, daß durch sie die Existenz des Willens von der Wirklichkeit eines gewissen Umstandes abhängig gemacht werde; ich habe gesagt, daß das Anhängige nicht die Existenz des Willens, sondern die Existenz des Gewollten sei. Uebereinstimmend schon aus der Zeit vorher Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 1, aus der Zeit nachher Römer bedingte Novation S. 82 fg. [Eisele Arch. f. civ. Pr. L S. 209 fg.] Dagegen sind für die bezeichnete Auffassung wieder eingetreten: Arndts in der 5. Aufl. a. a. O. Anm. 2, Rudorff zu Puchta §. 59. a (10. Aufl.), Förster Preuß. Privatr. 1 S. 160 fg., und namentlich Unger Oesterr. Erbrecht §. 16 Anm. 3. Ich muß nach reiflicher Erwägung auf meiner Ansicht beharren. Die Frage ist die: was wird durch die Bewegung des Willensvermögens, welche bei der bedingten Willenserklärung vor sich geht, geschaffen? Ich sage: ein Wille, nur ein in seiner Wirksamkeit einst-

genannt[3]. Wenn aber hier von einer bei der Willenserklärung gemachten Hinzufügung die Rede ist, so darf das nicht so gedacht werden, als hätte dieselbe der Willenserklärung gegenüber ein Dasein für sich; die bedingte Willenserklärung ist eine einige, nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens[4].

---

weilen gehemmter Wille — die Erzeugungskraft für die in der Willenserklärung bezeichnete rechtliche Wirkung, nur in einem einstweilen gebundenen Zustand. Meine Gegner sagen: jene Bewegung des Willensvermögens schafft einen Willen, eine Erzeugungskraft, nicht sofort, sondern erst in Zusammenwirkung mit einem gewissen Umstand. Nun liegt es aber doch auf der Hand, daß sie doch Etwas schaffen muß, weil sonst der später eintretende Umstand nichts vorfände, was er zur erzeugenden Kraft erheben könnte — da ja die Bewegung des Willensvermögens nicht fortdauert —: und was ist es denn, was sie schafft? Ich wüßte nicht, wie man es anders nennen wollte, als eben Wille. Und so auch Arndts: „der in einem Rechtsgeschäft sich bethätigende Wille kann das Wollen des Rechtserfolges, auf welchen er gerichtet ist, . . von irgend einer Thatsache abhängig machen". Ein Wille, welcher das Wollen abhängig macht! Nach Unger ist in der bedingten Willenserklärung zwar ein Sichsetzen des Willens enthalten, aber ohne das Resultat sofortigen Gesetztseins; das Gesetztsein hängt ab von dem Eintritt der Bedingung. — Auch die Formulirung derjenigen ist nicht zu billigen, welche als das durch die Bedingung abhängig Gemachte die Existenz des Rechtsgeschäfts bezeichnen (sie findet sich z. B., jedoch neben Anderem, bei Puchta §. 59, Wächter II S. 689. 690). Wenngleich diese Formulirung nicht ohne Anhalt in den Quellen ist (s. z. B. §. 1 I. de emt. 3. 23, l. 19 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de per. et comm. 4. 48), so ist es doch unleugbar wahr: 1) daß das bedingte Rechtsgeschäft jedenfalls factisch existirt; 2) daß ihm auch rechtliche Anerkennung und rechtliche Wirksamkeit nicht fehlt, wenn es gleich die gewollte rechtliche Wirkung noch nicht erzeugt hat (§. 89). — Mit der hier gewählten Formulirung kommt im Wesen diejenige überein, welche als das von der Bedingung Abhängige die Existenz des Rechtsverhältnisses bezeichnet (so z. B. Savigny III §. 116, Böcking I §. 111); dieselbe erscheint nur deßwegen als nicht ganz zutreffend, weil die Willenserklärung auch auf die Beendigung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein kann.

[3] Auch in dieser Beziehung gilt das Gleiche von dem römischen Ausdruck condicio.

[4] Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 248, Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1848) S. 24, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 308. 309, Unger II §. 82 Note 3. Es ist nicht leicht, dieses

Die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt wird, kann den verschiedensten Inhalt haben. Sie kann auf Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsgeschäfts gerichtet sein. Sie kann namentlich auch gerichtet sein auf Wiederaufhebung des durch eine andere gleichzeitige Willenserklärung erzeugten Rechtsverhältnisses. In diesem letzteren Falle nennt man

---

Verhältniß in der Definition der Bedingung auf unzweideutige Weise zu bezeichnen, und so ist es am Sichersten, vor dem Mißverständniß ausdrücklich zu warnen.* Uebrigens scheinen Huschke, Fitting und Unger zu weit zu gehen, wenn sie sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklären, daß die Bedingung eine Nebenbestimmung der Willenserklärung genannt werde; muß denn unter Nebenbestimmung einer Willenserklärung nothwendigerweise ein für sich bestehender Theil derselben verstanden werden? S. jetzt auch Arndts §. 65 Anm. 2, Unger Oesterr. Erbrecht §. 16 Anm. 3 a. E. — Aus dem Gesagten entscheidet sich auch die viel verhandelte Controverse, ob die Behauptung der Bedingtheit des vom Gegner angerufenen Geschäftes bewiesen werden müsse, oder ob umgekehrt der Gegner die Unbedingtheit darzuthun habe. Das Letztere ist das Richtige; nicht, wie man gesagt hat, weil in der Behauptung der Bedingtheit ein Leugnen der Existenz der Willenserklärung liegt, was eben nicht wahr ist (s. Note 2), sondern weil, wer die Willenserklärung zugibt, aber ihre Bedingtheit behauptet, in der Wirklichkeit nicht eine Thatsache zugibt und eine andere behauptet, sondern Eine Thatsache zugibt beziehentlich behauptet, die Erklärung eines bedingten Willens, welche Thatsache, eben weil sie nur Eine ist, der Gegner nicht auseinanderreißen darf. In diesem Sinne ist die Frage entschieden in einem Erkenntniß der Juristenfacultät zu Greifswald, welches in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt V S. 3—13 (mit zahlreichen Druckfehlern!) abgedruckt ist (s. auch Seuff. Arch. XIV. 173 a. E.). Daselbst ist auch die weitschichtige Literatur angegeben; andere Nachweisungen bei Unger §. 129 Note 39, Seuffert Pand. 4. Aufl. §. 87 Note 3, Vangerow I §. 163, Wetzell Civilproc. §. 19 Note 14. Aus der neueren Zeit: O. Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 7 (1862; diese Behandlung des Gegenstandes enthält keinen Fortschritt), Pöschmann über die Natur des s. g. qualificirten Geständnisses und dessen Einfluß auf die Beweislast (1863; diese Schrift entscheidet sich für die Beweislast des die Unbedingtheit Behauptenden aus folgenden Gründen: 1) ein bedingtes Versprechen habe ein anderes Object (spes), als ein unbedingtes, folglich sei Behaupten der Bedingung Leugnen der Identität des Objects; 2) Behaupten der Bedingung sei Leugnen der Vollständigkeit des Klagevortrags), Arndts krit. VJSchr. V S. 13 fg. (1865), Bolgiano Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 329 fg. (1865). Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 330, IV. 32, VIII. 311, X. 300, XII. 203, XIII. 189, XIV. 173, XVIII. 236, vgl. III. 222, V. 239; I. 370, II. 330, VIII. 311, XIV. 173 z. A.

die Bedingung eine auflösende (Resolutiv-) Bedingung, in jedem anderen Falle eine aufschiebende (Suspensiv-) Bedingung[5]. In der That ist es aber nicht die Bedingung, welche in dem genannten Falle auflöst, sondern die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt ist; genauer betrachtet ist die s. g. auflösende Bedingung nichts als die aufschiebende Bedingung einer auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichteten Nebenwillenserklärung[6].

§. 87.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann ein thatsächlicher, er kann aber auch ein rechtlicher sein, z. B. wenn ich Eigenthümer einer bestimmten Sache werden sollte.

---

[5] Die quellenmäßige Ausdrucksweise, auf welche die gewöhnlich gebrauchten Bezeichnungen Suspensiv- und Resolutivbedingung zurückweisen, sind: negotium condicione suspenditur (z. B. l. 5 C. de per. et comm. 4. 48, l. 25 C. de don. 8. 54) — negotium sub condicione resolvitur (s. die folgende Note).

[6] So hat schon Thibaut (civil. Abhandlungen S. 359 fg.) gelehrt, und sieht man auf das in unseren Quellen Vorliegende, so muß man ihm unbedingt beitreten. An und für sich zwar empfiehlt sich eine ganz andere Auffassung der auflösenden Bedingung, wonach auch sie nichts Anderes ist, als eine Qualificirung des rechtserzeugenden Willens, kraft deren derselbe das Erzeugte nur in einem solchen Zustande hervorbringt, daß es einem gewissen Umstande gegenüber nicht Stand zu halten vermag, von demselben wieder weggenommen wird, und ich selbst habe diese Auffassung an einem anderen Orte vertreten (die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24); ebenso Unger II §. 82 Note 30. 30*a*. Aber, wie gesagt, mit dem Inhalt unserer Quellen ist sie nicht vereinbar. Den Quellen ist das Rechtsgeschäft, welchem eine s. g. auflösende Bedingung hinzugefügt ist, gar kein bedingtes, unter einer Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft; es ist ihnen ein unbedingtes Rechtsgeschäft mit einem bedingten Nebengeschäft. Stellen wie l. 2. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 §. 3. 4 D. pro emt. 41. 4 lassen daran nicht den mindesten Zweifel. S. namentlich l. 2 §. 4 cit.: — „sed videamus, *utrum condicio sit hoc an conventio*“? Vgl. auch l. 44 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, wo die auflösende Bedingung eine Bedingung genannt wird, „quae *post perfectam obligationem* ponitur“. Zustimmend Arndts §. 67 Anm. 2. — Wer übrigens diese Auffassung bestreitet, muß nach dem in Note 4 Gesagten auch behaupten, daß die Berufung auf eine auflösende Bedingung nicht zum Beweise verpflichte. So wirklich H. Seuffert krit. VJSchr. V S. 355—358. Auch Pöschmann (Note 4) ist im Princip der gleichen Ansicht, und legt dem Beklagten die Beweislast nur aus processualischen Gründen auf. — [Salkowski Novation S. 442 fg.]

Er kann ein positiver oder negativer sein, nicht nur ein Sein oder Geschehen, sondern auch ein Nichtsein oder Nichtgeschehen[1]. Danach theilt man die Bedingungen selbst in positive oder affirmative und negative ein.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann ferner entweder in der Vergangenheit liegen, oder in der Gegenwart, oder in der Zukunft. Liegt er in der Vergangenheit oder Gegenwart, so ist sein Sein oder Nichtsein, und damit das Sein oder Nichtsein der gewollten rechtlichen Wirkung, objectiv sogleich völlig sicher, sollte auch bei Abgabe der Willenserklärung darüber subjectiv noch eine Ungewißheit bestehen[2]. Liegt er in der Zukunft, so ist auch eine objective Ungewißheit möglich, freilich nicht nothwendig. Sie ist auch in diesem Falle dann nicht vorhanden, wenn der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, nothwendigerweise eintreten muß[3], oder unmöglicherweise eintreten kann[4] (s. g.

---

[1] L. 7 pr. l. 67 D. de cond. 35. 1. §. 87.

[2] §. 6 I. de V. O. 3. 15, l. 37—39 D. de R. C. 12. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1. §. 6 I. cit. „Condiciones, quae praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: *si Titius consul fuit*, vel *si Maevius vivit*, *dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint". Man darf nicht sagen, daß doch auch das Sein und Nichtsein eines zukünftigen Umstandes objectiv sogleich sicher sei, da, wie auch die Zukunft sich gestalte, sie eben so sich habe gestalten müssen, — „nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere", l. 28 §. 5 D. de iud. 5. 1. Es kommt darauf an, ob „quantum in natura hominum sit, possit sciri", l. 38 D. de R. C. 12. 1.

[3] L. 79 pr. D. de cond. 35. 1. „*Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato.* Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur; non potest enim condicio non existere". L. 9 §. 1 D. de nov. 46. 2. „Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari". Nothwendig ist auch das Nichtgeschehen des Unmöglichen, l. 7. 8 D. de V. O. 45. 1, §. 11 i. f. I. de inut. stip. 3. 19, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7. Die Nothwendigkeit kann auch eine juristische sein, l. 20 pr. cit.

[4] §. 11 I. de inut. stip. 3. 19. „Si impossibilis condicio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis dixe-

nothwendige und unmögliche Bedingungen[5]). Nur diejenige Bedingung, in Folge deren ein Zustand objectiver Ungewißheit vorhanden ist, erzeugt eine ihr eigenthümliche rechtliche Wirkung; das Verhältniß, welches bei einer sogleich entschiedenen Bedingung stattfindet, kann auch ohne Bedingung vorhanden sein. Dieser Umstand erscheint als so wichtig, daß es von den Bedingungen, welche einen Zustand objectiver Ungewißheit nicht hervorrufen, heißt, sie seien eigentlich keine Bedingungen[6].

Die Bedingung kann möglicherweise auf einen Umstand ge-

---

rit: *si digito coelum attigero, dare spondes?*" Auch die Unmöglichkeit kann nicht bloß auf einem Naturgesetz, sondern auch auf einer Rechtsvorschrift beruhen, l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1. Unmöglich ist auch das Nichtgeschehen des Nothwendigen.

[5] Die Quellen nennen incorrect impossibilis condicio auch die auf das Nichtgeschehen des Unmöglichen gestellte Bedingung, obgleich dieses Nichtgeschehen nothwendig ist. L. 50 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 7 D. de V. O. 45. 1. Neuere Schriftsteller gebrauchen dafür den Ausdruck negativ unmögliche Bedingungen. Vgl. Arndts Beiträge I S. 163—169.

[6] L. 39 D. de R. C. 12. 1. „Itaque tunc potestatem condicionis obtinet, cum in futurum confertur". L. 10 §. 1 D. de cond. inst. 28. 7, l. 79 pr. D. de cond. 35. 1, l. 100 D. de V. O. 45. 1, l. 9 §. 1 D. de nov. 46. 2 (die beiden letzten Stellen abgedruckt in Note 3). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Willenserklärung unter einer uneigentlichen Bedingung in aller und jeder Beziehung einer unbedingten gleichstehe, s. §. 95 Note 3. — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 13) will den Begriff der eigentlichen und uneigentlichen Bedingung anders gefaßt wissen; eigentliche Bedingung sei jede auf die Zukunft gestellte Bedingung, ohne Ausnahme der nothwendigen und unmöglichen (und der s. g. condicio iuris, s. die folgende Note). Er hat die Quellen gegen sich (in l. 39 de R. C. 12. 1 bildet die Bedingung, welche „in futurum confertur" den Gegensatz zu der Bedingung, durch welche „stipulatio non suspenditur", l. 37 eod.), und die Natur der Sache nicht für sich. Die besonderen Wirkungen, welche Fitting dem, was er eigentliche Bedingung nennt, beilegt (a. a. O. S. 347. 348), sind, abgesehen davon daß sie zum Theil nicht begründet sind, von verschwindender Bedeutung gegenüber der suspendirenden Kraft der Bedingung. Will man aber einmal zwischen eigentlicher und uneigentlicher Bedingung unterscheiden, so soll man die Grenze entweder da machen, wo die Bedingung überhaupt anfängt irgendwie rechtlich in Betracht zu kommen, oder da, wo ihre Hauptbedeutung liegt. S. auch Vangerow I §. 93 Anm. 1, Ihering Geist d. röm. R. III S. 157. — Gegen die ganze Unterscheidung erklärt sich Unger System II S. 58 fg. österr. Erbr. §. 16 Anm. 6; s. auch Arndts §. 66 Anm. 11.

stellt sein, von welchem es sich von selbst versteht, daß er zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist[7]. Dann ist sie überflüssig, sie ist eine müßige Wiederholung des ohnehin schon Erklärten; die Willenserklärung wird durch sie in der That zu einer bedingten nicht gemacht. Auch eine solche Bedingung ist nur dem Wortlaut nach, nicht aber eine eigentliche Bedingung[8].

---

[7] Es versteht sich z. B. von selbst, daß ein Recht, welches an einer noch nicht existirenden Sache verliehen worden ist, nicht existent werden kann, wenn die Sache es nicht wird; daß ein im Testament gegebenes Vermächtniß Bestand nur dann hat, wenn der Eingesetzte Erbe wird ꝛc. ꝛc. — Insofern von einem solchen Umstande das Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung immerhin abhängig ist, wird er in den Quellen condicio auch dann genannt, wenn er in der Willenserklärung nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden ist; es ist eine „condicio quae inest tacite“, „quae extrinsecus venit“ (nicht aus der Willenserklärung), l. 1 §. 3 l. 99 D. de cond. 35. 1, l. 6 §. 1 l. 25 §. 1 D. quando dies 36. 2, l. 21. 68 D. de I. D. 23. 3. Sehr gebräuchlich ist bei den Neueren auch der Ausdruck condicio iuris (nach l. 21 D. de cond. 35. 1.) Vgl. Vangerow I §. 93 Anm. 2; übrigens auch Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 291 Anm. 10.

[8] Sie enthält bloß: „figuram“, nicht „vim quoque condicionis“, l. 69 D. de her. inst. 28. 5. Es ist hier zwar eine objective Ungewißheit vorhanden, aber nicht in Folge der Bedingung. L. 22 §. 1 D. quando dies 36. 2. „Quaedam autem condiciones etiam supervacuae sunt, veluti si ita scribat: *Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato.* Nam pro non scripto ea condicio erit, ut omnino ad heredem Maevii legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit“. L. 12 D. de cond. inst. 28. 7, l. 69 D. de her. inst. 28. 5 (cf. l. 65 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 69 D. de cond. 35. 1). — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 312) behauptet, jede stillschweigende Bedingung könne dadurch zu einer eigentlichen gemacht werden, daß sie in dieser Absicht ausgesprochen werde. Er hat dafür keinen anderen Beweis, als l. 19 §. 1 D. de cond. 35. 1. Der wahre Inhalt dieser Stelle ist aber, daß die Verfügung: *si Primus heres erit, damnas esto dare* auch so aufgefaßt werden kann: wenn die Erbschaft nicht an den mit oder nach ihm eingesetzten Secundus gelangt, und „in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet“ (pr. eod.). S. auch Arndts §. 66 Anm. 10, Unger Oesterr. Erbr. §. 16 Anm. 6. [Mayer Legate §. 32 Anm. 3.]

β. Wirkung der Bedingung*.

aa. Im Allgemeinen.

§. 88.

Die Wirkung der Bedingung ist durch die Angabe ihres Begriffes im Allgemeinen bereits bezeichnet. Die Wirkung der Bedingung ist die, daß sie das Eintreten der Rechtswirkung, auf welche die Willenserklärung gerichtet ist, abhängig macht von ihrer Erfüllung. Dieß gilt in gleicher Weise von der auflösenden, wie von der aufschiebenden Bedingung; nur ist die von der Erfüllung der auflösenden Bedingung abhängige Rechtswirkung eben die Wiederauflösung der durch das Hauptgeschäft erzeugten Wirkung.

Ist nun die Erfüllung[1] der Bedingung sogleich sicher, so tritt auch die Wirkung der Willenserklärung sogleich ein; dieselbe ist gleich einer unbedingten. Bei der auflösenden Bedingung tritt also die Wiederauflösung des Rechtsverhältnisses in demselben Momente ein, wie seine Erzeugung, d. h. mit anderen Worten, das Rechtsverhältniß gelangt gar nicht zur Entstehung. Ist hingegen die Nichterfüllung der Bedingung sogleich sicher, so hat die Willenserklärung ebenso wenig Wirkung, als wenn sie gar nicht abgegeben worden wäre; bei der auflösenden Bedingung ist also das Fortbestehen der Wirkung des Hauptgeschäftes sogleich außer Frage gestellt.

Wie verhält es sich aber bei der eigentlichen Bedingung, d. h. bei derjenigen, deren Erfüllung oder Nichterfüllung nicht sogleich sicher ist? Hier fragt es sich vor Allem, welcher Rechtszustand stattfinde, während die Bedingung schwebt[2]; davon in

---

* W. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen (1839). Dazu die Recension von Ihering in den krit. Jahrb. f. d. RW. XII S. 865 fg.

§ 88 [1] Wir sagen: die Bedingung ist erfüllt, eingetreten — nicht erfüllt, ausgefallen, vereitelt: die Quellen sagen: condicio impleta est, expleta est, exstitit — condicio defecit, exstincta est. — Daß die Willenserklärung ohne Hemmung durch eine Bedingung wirke (wenn die hinzugefügte Bedingung erfüllt, oder gar keine [eigentliche] Bedingung hinzugefügt ist), bezeichnen die Quellen durch den eigenthümlichen Ausdruck: dies cessit, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Vgl. §. 96 Note 4.

[2] Die Quellen sagen: condicio pendet.

§. 89. Der Zustand, welcher durch die Nichterfüllung der eigentlichen Bedingung hervorgerufen wird, bietet der Betrachtung besondere Seiten nicht dar; es ist jetzt die Wirkungslosigkeit der Willenserklärung (bei der auflösenden Bedingung der auf Wiederauflösung gerichteten Willenserklärung) entschieden[3]. Dagegen ergeben sich für den Fall der Erfüllung der eigentlichen Bedingung wieder besondere Fragen, nämlich: 1) für die eigentliche Bedingung überhaupt die Frage, von welcher Zeit an die mit der Erfüllung der Bedingung eintretende rechtliche Wirkung der Willenserklärung zu datiren sei, ob von der Zeit der Abgabe der Willenserklärung oder erst von der Zeit der Erfüllung der Bedingung — wie man sich gewöhnlich ausdrückt, ob die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe oder nicht (§. 91); 2) für die auflösende Bedingung im Besonderen die Frage, in welcher Weise bei dem Eintreten derselben die bis dahin vorhanden gewesenen rechtlichen Wirkungen wieder aufgehoben werden (§. 90).

Für alle Bedingungen, eigentliche wie uneigentliche, ist dann endlich noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß die Bedingung erfüllt sei (§. 92).

bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung*.

§. 89.

Während des Schwebens der Bedingung ist die Kraft der Willenserklärung noch gehemmt, die von ihr zu erzeugende rechtliche Wirkung ist noch nicht erzeugt[1]. Aber deßwegen ist sie doch mehr als eine für das Recht gar nicht existirende Willenserklärung[2].

---

[3] Vgl. l. 37 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, l. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2.

* Wächter II S. 696—701, Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 16—22, Ders. Heid. krit. Zeitschr. IV S. 42—49, Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 13 fg.

[1] L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1: — „ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur". L. 16 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4. §. 89.

[2] Eine interessante Anwendung davon in l. 16 D. de iniusto 28. 3. S. noch l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 §. 1 D. de cond ind. 12. 6, und zu diesen Stellen Fr. Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation S. 5 fg. (Windscheid krit. VJSchr. II

Das Recht hat ihr die Wirksamkeit nicht abgesprochen, sie kann möglicherweise noch zu voller rechtlicher Wirksamkeit gelangen. Wenn sie die rechtliche Wirkung, auf welche sie gerichtet ist, noch nicht hervorgebracht hat, so hat sie doch eine Aussicht auf dieselbe eröffnet, welche dem bedingt Berechtigten nicht mehr verbracht werden kann. Das will sagen: derjenige, zu dessen Lasten diese Aussicht besteht, kann nicht mehr bewirken, daß für den Fall der Erfüllung der Bedingung die in Aussicht gestellte rechtliche Wirkung nicht eintrete oder nicht vollständig eintrete; er ist schon jetzt gebunden[3]. Eine wichtige Consequenz dieser Gebundenheit ist, daß alle von ihm in der Zwischenzeit getroffenen rechtlichen Verfügungen, welche mit dem in Aussicht gestellten Rechte in Widerspruch stehen, mit Eintritt der Bedingung hinfällig werden, oder sich doch dem nun entstehenden Rechte unterordnen; dasselbe wird so existent, wie es nach Inhalt der bedingten Willenserklärung existent werden sollte[4]. Ebenso wenig wie rechtliche Verfügungen,

---

S. 242—244), Römer bedingte Novation S. 85 fg. (vgl. II §. 354 Note 10); l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 40 D. ad leg. Aq. 9. 2.

[3] Die Quellen erkennen an, daß schon in dem bedingten (obligatorischen) Vertrag ein contrahere liege, l. 27 D. pro socio 17. 2, l. 78 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. D. de stip. serv. 45. 3, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6; in anderen Stellen freilich wird unter contractum negotium gerade der unbedingte Vertrag verstanden, so in l. 8 §. 1 D. de per. et comm. 18. 6. — In Betreff des hier gebrauchten Ausdrucks Gebundenheit ist zu bemerken, daß derselbe nicht von einer bloß obligatorischen Gebundenheit verstanden werden darf; der bedingt Belastete ist nicht bloß in seinem Dürfen gehemmt, sondern auch in seinem Können. Fitting bezeichnet diese Wirkung der bedingten Willenserklärung (soweit er sie anerkennt) als „Vorwirkung", vgl. §. 67 Note 2 und den genannten Schriftsteller in der Zeitschr. f. Handelsr. II S. 253 Note 77. Unzutreffend und verwirrend ist es, wenn Götting (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 6, vgl. namentlich S. 250. 254. 265. 271) jene Wirkung auf ein besonderes, das bedingte Rechtsgeschäft begleitendes, Rechtsgeschäft zurückführt.

[4] Ist es ein Eigenthumsrecht, so verschwindet vor demselben nicht bloß das von dem bisherigen Eigenthümer in der Zwischenzeit einem Andern übertragene Eigenthumsrecht, sondern auch die von demselben bestellten sonstigen Rechte an der Sache. Ist es ein Recht an fremder Sache, so bleibt zwar die von dem Eigenthümer der Zwischenzeit vorgenommene Eigenthumsübertragung aufrecht, nicht aber die von demselben auf die Sache gelegten dinglichen Lasten, so weit dadurch das neu entstehende Recht geschmälert werden würde; ist es ein Pfandrecht, so kommt ihm der erste Rang zu, nicht dem in der Zwischen-

sind dem bedingt Belasteten factische Verfügungen gestattet, durch welche das in Aussicht gestellte Recht unmöglich gemacht oder geschmälert wird; er muß dafür nach Eintritt der Bedingung Ersatz geben, und nicht minder haftet er (nach Maßgabe des Inhalts des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses) für Vernachlässigungen[5]. Eine fernere Consequenz der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit ist, daß, wenn der bedingt Belastete stirbt, an seine Stelle seine Erben treten; wäre vor der Erfüllung der Bedingung ein Garnichts vorhanden, so könnte auch auf die Erben nichts übergehen[6]. — Auch die dieser Ge-

---

zeit zur Existenz gelangten. Dieß gilt in gleicher Weise für die auflösende wie für die aufschiebende Bedingung, für die Verfügung auf Todesfall, wie für die unter Lebenden. L. 69 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 105 D. de cond. 35. 1, l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43, l. 12 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 11 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 9 §. 1 l. 11 §. 1 D. qui pot. 20. 4, l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 65 fg.) faßt das hier bezeichnete Verhältniß als Gebundenheit der Sache auf, wofür sich allerdings in den Quellen Anhaltspunkte finden, z. B. l. 2 pr. D. de statulib. 40. 7, l. 6 D. si ex nox. causa agatur 2. 9, l. 12 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 82 pr. D. de leg. I° 30.

[5] Wächter II S. 700 Nr. 5.

[6] In dieser letzteren Weise wird die Sache in der That gefaßt von Ulpian in l. 9 §. 1 D. de I. D. 23. 3. „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est“. Nur favore dotis will Ulpian in diesem Falle ausnahmsweise helfen. Die dem Princip gemäße Entscheidung in l. 2 §. 5 D. de don. 39. 5. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche s. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. IV S. 51 fg. (System IV S. 154 Note r), Sell bedingte Tradition S. 117 fg., Windscheid Wirkung der erfüllten Beding. S. 18 Note 1, Strempel iusta causa der Tradition S. 69 fg., Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 288 fg. Die eigene Ansicht dieses letzteren Schriftstellers stimmt mit der hier vorgetragenen überein, und so jetzt auch Vangerow in der 7. Aufl. I S. 148 (anders noch in der 6. S. 164). Daß bedingte obligatorische Verpflichtungen auf die Erben übergehen, scheint nie bezweifelt worden zu sein, §. 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 57 D. de V. O. 45. 1. — S. noch l. 27 D. pro socio 17. 2.

bundenheit entsprechende Aussicht selbst erweist sich als ein Ding von rechtlicher Consistenz. Zunächst wieder darin, daß auch sie auf die Erben übergeht[7]. Jedoch wird in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Verfügungen unter Lebenden und Verfügungen auf Todesfall gemacht. Die Letzteren sind höchst persönlicher Natur; ihr Schwerpunkt liegt viel weniger darin, daß etwas weggegeben, als darin, daß einer bestimmten Person etwas zugewendet werden soll. In diesem Sinne schreibt das römische Recht vor, daß an die Stelle des durch eine letztwillige Verfügung Bedachten, wenn er nicht bereits vor seinem Tode erworben habe, seine Erben nicht treten sollen; die durch eine letztwillige Verfügung eröffnete Aussicht geht auf die Erben des Bedachten nicht über[8]. Und deßwegen wieder wird dieser Aussicht auch in anderen Beziehungen nicht die gleiche rechtliche Bedeutung zugeschrieben, wie der durch eine Willenserklärung unter Lebenden eröffneten Aussicht. So wird sie nicht dem Gewalthaber erworben, wohl die letztere[9]; die letztere macht das Recht, auf welches sie hinweist, fähig, Gegenstand von Rechtsgeschäften zu sein, nicht jene[10]. Und ganz allgemein heißt es: wer aus einer Verfügung unter Lebenden etwas bedingt zu fordern habe, sei jetzt sogleich als Gläubiger angesehen, nicht aber, wer aus einer Verfügung

---

[7] §. 4 I. de V. O. 3. 15. — „Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam condicio exsistat mors nobis contigerit". §. 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6.

[8] L. 5 pr. §. 2 D. quando dies 36. 2, l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51.

[9] L. 18 D. de R. I. 50. 17. „Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. Aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub condicione stipulantes omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat". L. 2 §. 3 D. de coll. 37. 6, l. 40 D. de stip. serv. 45. 3, l. 28 D. de pign. 20. 1, l. 14 i. f. D. quando dies. 36. 2, l. 5 C. de cond. ins. 6. 46.

[10] Acceptilatio: l. 12 l. 13 §. 7. 8 D. de accept. 46. 4. Cession: l. 17. 19 D. de her. vel. act. vend. 18. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1. Vgl. Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 45—47 und speciell über l. 41 cit. v. Salpius Novation u. Delegation S. 37. 38. [Salkowski Novation S. 112. 412. 414 fg.]

auf Todesfall[11]. Doch kann namentlich auch bei Verfügungen dieser letzteren Art Sicherheit für den Fall der Realisirung der eröffneten Aussicht verlangt werden[12], während gerade bei Willenserklärungen unter Lebenden in dieser Beziehung alles mehr in das Ermessen des Richters gestellt ist[13].

Die im Vorstehenden erörterten rechtlichen Wirkungen der bedingten Willenserklärung werden auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Belasteten abhängt[14]. Wenngleich derselbe die Erfüllung der Bedingung verhindern kann, so ist er deßwegen nicht weniger für den Fall der Erfüllung der Bedingung gebunden, und kann seinem Gegner die ihm für diesen Fall eröffnete Aussicht nicht mehr entziehen[15].

---

[11] L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7. „Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse". Eine Consequenz daraus in l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, vgl. l. 6 pr. D. quib. ex causis in po. 42. 4 (dawider l. 14 §. 2 eod., vgl. Dernburg emtio bonorum S. 97—101), l. 4 pr. D. de sep. 42. 6.

[12] L. 18 D. de cond. 35. 1, l. 6 D. de B. P. s. t. 37. 11, Dig. 36. 3, Cod. 6. 54. Das Nähere im Erbrecht.

[13] L. 41 D. de iud. 5. 1 (— „ex iusta causa" —), l. 38 pr. D. pro socio 17. 2. Die Meinung von Bähr (Anerkennung §. 69), daß hier unter cautio nur nuda promissio zu verstehen sei, erscheint nicht gehörig begründet. L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1 erklärt sich aus der Conception der formula hypothecaria. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 167 fg. und unt. §. 235 Note 3. Seuff. Arch. XVI. 190, [XXII. 6. 7].

[14] Für den Fall, wo die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt, kommt in einer Constitution Justinian's (l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51) der Ausdruck conditio potestativa vor. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Ausdruck, wie gewöhnlich geschieht, auf diesen Fall beschränkt werden müßte, und nicht auch von dem Fall der Willkür des bedingt Belasteten sollte gebraucht werden können.

[15] Dieß leugnet die gemeine Meinung, indem sie den Satz aufstellt, daß die Bedingung der bezeichneten Art nicht zurückbezogen werde (§. 91). Gegen die gemeine Meinung haben sich erklärt: Trotsche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 101—108, Schmidt das. N. F. VIII S. 381 fg., Wächter II S. 702 Note 19, Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859) S. 55 fg., bedingt Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 51—60. Ich trete jetzt dem unbedingten Widerspruch der genannten

cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.

αα. Ueberhaupt.

§. 90.

Mit der Erfüllung der Bedingung tritt die Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt worden ist, in volle Wirksamkeit, und erzeugt nun die beabsichtigte rechtliche Wirkung. Bei der auflösenden Bedingung ist diese Wirkung Wiederaufhebung der durch die Hauptwillenserklärung geschaffenen Rechtswirkung. Und zwar wird mit Eintritt der auflösenden Bedingung diese Rechtswirkung direct aufgehoben; es wird dadurch nicht bloß eine Verpflichtung des bisher Berechtigten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet[1]. Obgleich die Parteien auch dieß gewollt haben kön-

---

Schriftsteller bei. Daß l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 keine Schwierigkeit machen dürfe, ist von mir a. a. O. gezeigt worden, s. auch §. 93 Note 3. L. 11 §. 2 D. qui pot. 20. 4 handelt gar nicht von einer bedingten Willenserklärung; im Uebrigen s. über diese Stelle §. 242 Note 9. Was l. 4 D. quae res pign. 20. 3, l. 11 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 9 §. 1 eod. angeht, so ist vor Allem festzuhalten, daß auch in diesen Stellen nicht von einer bedingten Willenserklärung die Rede ist. Sie sprechen von einer Verpfändung für eine noch nicht existirende Forderung; ein Pfandrecht kann aber ohne Forderung nicht existiren, und so fehlt es hier der Willenserklärung an einem durch ihren Inhalt von selbst gegebenen Erforderniß ihrer Wirksamkeit. Von der andern Seite überträgt sich die obligatorische Gebundenheit auf die Verpfändung; der Verpfänder für eine noch nicht existirende Obligation ist in demselben Maße durch die Verpfändung gebunden, wie er durch die noch nicht existirende Obligation gebunden ist. Hiernach erledigen sich die beiden ersten der genannten Stellen von selbst (s. auch §. 242 Note 6). Bedenklich ist nur l. 9 §. 1 D. qui pot. 20. 4; aber eine einengende Auslegung, so daß die Stelle von einer auf das nackte Wollen gestellten Bedingung (§. 93) zu verstehen ist, erscheint hier ebenso gerechtfertigt, wie sie in l. 17 D. de V. O. 45. 1 unbedingt nothwendig ist. Und die auflösende Bedingung *nisi melior condicio allata fuerit*, welche anerkanntermaßen die Verfügungen der Zwischenzeit unwirksam macht (l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6), kann ja ebenfalls ohne den Willen des durch ihre Erfüllung Verlierenden nicht erfüllt werden! Ebenso verhält es sich bei der lex commissoria.

§ 90. [1] L. 41 D. de R. V. 6. 1, l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 8 D. de lege comm. 18. 3, l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 4 C. de pact. inter emt. 4. 54. Gegen die das Gegentheil behauptende Abhandlung Rießer's (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 1. 8 [1829]) s. namentlich Vangerow I §. 96 Anm. [Für das Gegentheil wieder J. Engelmann der Rückfall des Eigenthums im röm. R. Stuttgart 1868.]

nen[2]; aber dann liegt eben keine auflösende Bedingung vor[3]. Es ist jedoch hinzuzufügen, daß das römische Recht die bezeichnete Wirkung der auflösenden Bedingung nur zögernd und widerwillig anerkannt hat[4].

ββ. **Hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft?**

§. 91.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung.

Die erfüllte aufschiebende Bedingung hat der Regel nach rückwirkende Kraft nicht, d. h. es wird nach ihrer Erfüllung der Regel nach nicht so gehalten, als wäre die nun eintretende rechtliche Wirkung bereits zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung vorhanden gewesen. Der Grund dieses Satzes ist der präsumtive Wille des Urhebers der bedingten Willenserklärung; es ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, welcher will, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg für den Fall einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse eintrete, zu gleicher Zeit wolle, daß dieser Erfolg erst dann eintrete, wann sich die verlangte Gestaltung der Ver-

[2] L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de pact. int. emt. 4. 54. Im einzelnen Fall zu bestimmen, was wirklich gewollt sei, kann große Schwierigkeit machen; die gebrauchten Ausdrücke geben nicht immer einen sicheren Anhalt. Vgl. l. 29 D. de m. c. don. 39. 6, l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

[3] Genauer gesprochen: dann liegt nicht ein bedingtes Wollen der Auflösung, sondern ein bedingtes Wollen einer (vom Gegner abzugebenden) auflösenden Willenserklärung vor. Die Quellen sind im Ausdrucke nicht so genau; sie sprechen von einem negotium quod resolvitur sub condicione keineswegs bloß da, wo mit einem gewissen Umstande directe Auflösung der bisher bestandenen Wirkung eintritt, s. z. B. l. 1 D. de don. 39. 5. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 242—251.

[4] Das römische Recht ist offenbar von der Anschauung ausgegangen, daß der Wille über die einmal gesetzte rechtliche Wirkung keine Macht mehr habe. L. 44 §. 2 D. de O. et A. 44. 7: „Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam ponitur, veluti: *centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?*" Deßwegen erklärte es entweder die auflösende Bedingung für unwirksam, oder es ließ durch sie die Hauptverfügung selbst ungültig werden, oder es ließ aus ihr, gegen den Willen des Verfügenden, nur indirecte obligatorische Wirkung entstehen, l. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. §. 283, l. ult. C. de legat. 6. 37, l. 55 D.

hältnisse entschieden habe; mit anderen Worten, es ist anzunehmen, daß die Bedingung in dem Sinne des sie Setzenden zugleich eine Befristung enthalte. Aber es ist dieß eben auch nur im Zweifel anzunehmen, das Gegentheil also nicht bloß dann, wenn eine ausdrückliche Erklärung dafür vorliegt, sondern auch dann, wenn die Umstände eine solche Auslegung der bedingten Willenserklärung gebieten[1].

---

de leg. I° 30, l. 44 §. 2 (cf. §. 1) D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 4 D. de V. O. 45. 1, §. 3 I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1 (welche Stellen zwar zum Theil nur von der auflösenden Befristung reden, aber auf die auflösende Bedingung einen sicheren Schluß erlauben). Von der anderen Seite hat das römische Recht doch in einzelnen Fällen, wenn auch zum Theil erst in späterer Zeit, directe Wirkung der auflösenden Bedingung allerdings anerkannt; s. außer den Stellen in Note 1 l. 2 C. de don. quae sub modo 8 55, l. ult. C. de legat. 6. 37 und l. 29 D. de m. c. don. 39. 6 (deren von mir in der Schrift über die Voraussetzung S. 66 gegebene Erklärung allerdings wohl nicht haltbar ist), l. 12 §. 1 C. de usufr. 3. 33 (l. 12 pr. eod., Vat. Fr. §. 48. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 16 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6). In dieser Weise erscheint die directe Wirkung der auflösenden Bedingung als das Resultat der Entwicklung des römischen Rechts, und so dürfen wir dieselbe heutzutage, vorbehaltlich ausnahmsweiser Behandlung besonderer Rechtsgeschäfte, z. B. der Erbeseinsetzung, überall da eintreten lassen, wo der Wille unzweifelhaft auf sie gerichtet ist. Vgl. Savigny III §. 127, Windscheid Voraussetzung S. 149—152, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 261—268, Goldschmidt das. VIII S. 242 Note 37. [Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 154 fg. 197 fg.]

§. 91. [1] Das im Text Gesagte ist näher ausgeführt in folgender Schrift. Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1852). Die herrschende Meinung stimmt damit nicht überein; sie behauptet umgekehrt, daß von der Rückwirkung als Regel ausgegangen werden müsse. Jedoch gibt man zu, daß in Betreff der Erfordernisse der Gültigkeit der Willenserklärung in unseren Quellen nicht auf die Zeit ihrer Abgabe, sondern auf die Zeit der Erfüllung der Bedingung gesehen werde (l. 14. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 8 pr. D. de per. 18. 6, l. 3. 4 D. de reg. Cat. 34. 7, l. 41 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 31. 98 pr. D. de V. O. 45. 1), und von bewährten Schriftstellern wird ein Unterschied gemacht zwischen Existenz und Ausübung des Rechts, und gelehrt, daß die Rückziehung eben auch nur in Betreff jener, nicht aber auch in Betreff der letzteren eintrete (Vangerow I S. 164—166 in der 6. Aufl., Wächter II S. 708—710, vgl. l. 15 §. 6 l. 24 §. 1 l. 88 §. 3 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 18 pr. l. 33 D. ad SC. Treb. 36. 2, l. 16 D. de statulib. 40. 7, l. 3 C. de fideic. lib. 7. 4). Neuerdings hat dann Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 33—45, beistimmend v.

Dagegen ist bei der auflösenden Bedingung umgekehrt im Zweifel anzunehmen, der Urheber der Willenserklärung habe gewollt, daß mit der Erfüllung der Bedingung die eingetretene rechtliche Wirkung rückwärts wieder aufgelöst, und somit als nie eingetreten angesehen werden solle. Der erfüllten auflösenden Bedingung kann im Sinne des Urhebers der Willenserklärung im Zweifel keine andere Bedeutung beigelegt werden, als der vereitelten aufschiebenden; für den Fall der Vereitelung der aufschiebenden Bedingung aber ist gar keine rechtliche Wirkung ge-

---

Scheurl krit. Ueberschau V S. 29 fg.) den Nachweis geführt, daß bei bedingten Vermächtnissen überhaupt die Rückbeziehung wegfalle [übereinstimmend Vangerow II §. 436]; Fitting fügt zwar den unklaren Vorbehalt hinzu „in Beziehung auf den Erwerb", vgl. aber außer den zuvor und in §. 89 Note 9 genannten Stellen l. 1 C. an serv. 4. 14, l. 7 §. 18 D. de pactis 2. 14, l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 17 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1, l. 11 §. 4 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 13 §. 8 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, l. 20 D. de lib. et post. 28. 2. In der jüngsten Zeit will derselbe Schriftsteller die Rückwirkung auch bei der bedingten Eigenthumsübertragung nicht mehr anerkennen, und gesteht, daß ihm in Betreff der Rückwirkung bei bedingten Forderungen Zweifel entstanden seien (Zeitschr. f. Handelsr. II S. 255 Note 79), so daß er eigentlich als Vertheidiger der Rückwirkung nicht mehr angesehen werden kann, vgl. auch dens. Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 333. Auch Vangerow in der 7. Aufl. S. 142 fg. gibt die Rückwirkung im Principe ganz, und in der Anwendung für die dinglichen Rechte (mit Ausnahme des Pfandrechts) auf, und Arndts, welcher sich bereits in der 4. Aufl. sehr vorsichtig ausgedrückt hatte, lehrt in der 5. (§. 71 Note 4), daß sich eine „Rückwirkung im strengen Sinn" weder bei Rechtsgeschäften unter Lebenden noch bei Verfügungen auf Todesfall behaupten lasse. Vielleicht trägt es zur Versöhnung der streitenden Ansichten bei, wenn mit Energie darauf hingewiesen wird (vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 118, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 38), daß auch nach Erfüllung der Bedingung der eigentliche Grund der nun eintretenden rechtlichen Wirkung nicht die jetzt erfüllte Bedingung, sondern die damals abgegebene Willenserklärung ist, daß jene dieser rückwärts Kraft verleiht. Will man dieß unter Rückwirkung der erfüllten Bedingung verstehen, so ist gegen dieselbe nichts einzuwenden, und in diesem Sinne ist sie von mir nie geleugnet worden; nur muß man dabei jeden Gedanken daran aufgeben, daß nach Erfüllung der Bedingung der Zustand der Zwischenzeit rückwärts anders bestimmt werde, als er während des Schwebens der Bedingung bestimmt gewesen ist. Mehr als das Gesagte lehrt im Grunde auch der neueste Vertheidiger der Rückwirkung, Unger II S. 70 fg. [vgl. österr. Erbrecht §. 16 Note 20], nicht, und so verstanden ist die Rückwirkung denn freilich von dem

wollt[2]. Von der anderen Seite jedoch läßt sich aus unseren Quellen nicht nachweisen, daß das römische Recht diesem auf die Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung gerichteten Willen eine andere als obligatorische Wirkung zugestanden habe. So bleibt also auch nach Erfüllung der auflösenden Bedingung der Zustand der Zwischenzeit an und für sich in derselben Weise rechtlich bestimmt, wie er von Anfang an bestimmt gewesen ist, und es entsteht nur für den durch die Auflösung der Bedingung Verlierenden die Verpflichtung, den Gegner in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem derselbe gewesen sein würde, wenn die nun aufgelöste rechtliche Wirkung nie für ihn eingetreten wäre[3].

Willen der Parteien unabhängig (Fitting Begriff der Rückziehung Note 85, Unger S. 75, vgl. Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 39 ob.). Und mehr ist auch in den Stellen nicht enthalten, auf welche man sich für die Rückziehung beruft, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 16 D. de sol. 46. 3, l. 11 §. 1 D. qui pot. 20. 4 (vgl. zu der letzteren Stelle l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1), s. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 14—21 (über l. 72 D. de fidei. 46. 1 das. S. 15. 16). Heidelb. krit. Zeitschr. S. 44—47. Daß die rechtlichen Folgen, welche sich aus der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit vollständig erklären, keinen Beweis für die Rückwirkung enthalten, versteht sich von selbst. — Gegen die Rückwirkung hat sich auch mit Energie Schönemann in dem in §. 86 Note 2 genannten Aufsatz ausgesprochen; ferner Förster Preuß. Privatrecht I S. 169. 170, und die Inauguraldissertation von A. v. d. Leyen de effectu condicionis existentis (Berlin 1865). [Eisele Arch. f. civ. Pr. L. 14. 15.] Für die Rückwirkung neuerdings Römer bedingte Novation S. 73—84 (über l. 16 D. de acceptil. s. dens. a. a. O. S. 237 fg.).

[2] Hiergegen darf auch nicht geltend gemacht werden, daß die auflösende Bedingung ja eigentlich eine aufschiebende sei, also keinen andern Sinn haben könne, als diese (Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24); denn auch die aufschiebende kann ja möglicherweise als rückwirkende gewollt sein, und warum sollte, was möglich ist, hier nicht wirklich sein? Ein positiver Beweis für die Rückwirkung liegt darin, daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung die Früchte und jeder andere Gewinn der Zwischenzeit an den Rückerwerber herausgegeben werden müssen (Vat. Fr. §. 14, l. 4 § 4 l. 6 pr. l. 16 D. de in diem add. 18. 2, l. 4 pr. l. 5 D. de lege comm. 18. 3, l. 11 §. 10 D. de int. quod vi aut cl. 43. 24, l. 38 §. 2. 3 D. de usur. 22. 1). Ein fernerer Beweis ist aus der Zusammenstellung der Erfüllung der auflösenden Bedingung mit der redhibitio (l. 19 D. de usurp. 41. 3, l. 6 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3), so wie aus l. 2 D. de lege comm. 18. 3 und l. 2 §. 1 l. 3 D. de in diem add. 18. 2 zu entnehmen.

[3] Die in der vorigen Note angeführten Stellen geben dem Rückerwerber

cc. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen?

§. 92.

Die affirmative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden wirklich sein oder werden soll, in der Weise wie es wirklich sein oder werden soll, wirklich ist oder geworden ist. Die negative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden nicht wirklich sein oder werden soll, nicht wirklich ist, beziehentlich es sicher ist, daß es nicht wirklich sein wird[1]. Welches der eigentliche Sinn und Wille des die Bedingung Setzenden sei, ist durch Auslegung zu bestimmen[2]. Dabei werden

---

in Betreff des Gewinnes der Zwischenzeit lediglich einen obligatorischen Anspruch, und daß in anderer Beziehung dingliche Rückwirkung eintrete, ist nirgends gesagt. Auf das Unwirksamwerden der Verfügungen der Zwischenzeit darf man sich nicht berufen; dieselbe erklärt sich aus der in §. 89 besprochenen Willensgebundenheit vollkommen. Auf der anderen Seite freilich ist auch nicht, wie Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 257—259 glaubt, ein Gegenbeweis gegen die dingliche Rückwirkung aus l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1 (vgl. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 37) und l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2 und l. 3 D. quib. mob. pign. 20. 6 zu entnehmen (endigt ein Recht deßwegen weniger, weil von nun an angenommen wird, es habe nie bestanden?). — Die herrschende Meinung schreibt der erfüllten auflösenden Bedingung rückwirkende Kraft schlechthin zu. Gegen dieselbe haben sich erklärt W. Müller civil. Abhandlungen I S. 294. 303. 313 und neuerdings Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 255—259, indem sie jedoch nur die dingliche Rückwirkung, welche freilich allein eine eigentliche ist, bestreiten; s. ferner v. Scheurl krit. Ueberschau V S. 45, Unger II S. 78 Note 76, Vangerow in der 7. Aufl. I S. 150, Arndts in der 5. Aufl. §. 71 Anm. 6. Was ich selbst früher über die Frage gesagt habe (Wirkung der erfüllten Bedingung S. 23—30), ist insofern nicht genügend, als ich die lediglich obligatorische Wirkung der Rückziehung nur für den Erwerb der Zwischenzeit hervorgehoben habe.

[1] L. 115 pr. §. 1 D. de V. O. 45. 1. Ist die Bedingung auf die Nichtvornahme einer Handlung gestellt, so wird sie in vielen Fällen erst mit dem Tode der betreffenden Person als erfüllt angesehen werden können, §. 4 I. de V. O. 3. 15. l. 73 D. de cond. 35. 1; vgl. aber auch l. 72 pr. §. 1 l. 101 §. 3 l. 106 D. eod. §. 92.

[2] L. 19 pr. D. de cond. 35. 1. „In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones". L. 101 pr. eod.: — „cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat".

in unseren Quellen besondere Fragen hervorgehoben, so namentlich[3] folgende. Wenn die Bedingung auf eine Handlung des bedingt Berechtigten gestellt ist, und demselben wird diese Handlung ohne seine Schuld unmöglich[4], ist dann im Sinne des die Bedingung Setzenden von der Vollziehung der Handlung abzusehen, und auch ohne dieselbe die Bedingung als erfüllt anzunehmen? Man muß davon ausgehen, daß, wer eine Handlung verlangt, eben die Handlung verlangt, und nicht eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung; durch eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung also kann der Bedingung nicht genügt werden[5]. Wie aber, wenn derjenige, welcher handeln soll, wirklich thätig geworden ist, jedoch durch äußere, von seinem Willen unabhängige Umstände verhindert wird, die verlangte Handlung zu Stande zu bringen? Hier findet sich für letztwillige Verfügungen anerkannt, daß damit dem Willen des Erblassers genügt sei; man kann dieß so ausdrücken: wenn derjenige, welchem die Handlung als Bedingung gesetzt ist, das Seinige dazu gethan hat, um die Handlung zu

---

[3] Vgl. außerdem l. 129 D. de V. O. 45. 1, §. 11 I. de her. inst. 2. 14, l. 78 §. 1 D. de cond. 35. 1; l. 101 §. 1 eod.; l. 101 §. 2 eod.; l. 11 §. 11 D. de leg. III° 32, l. 15 D. quando dies 36. 2, l. 5 D. de don. quae sub modo 8. 55; l. 68 D. de sol. 46. 3; l. 76 D. de cond. 35. 1, l. 51 §. 1 D. de leg. II° 31; l. 2. 10. 11. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. de cond. 35. 1, l. 45 §. 2 D. de leg. II° 31, l. 7 C. de inst. et subst. 6. 25, l. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1; l. 23 l. 44 §. 8 l. 54 §. 1 l. 56 l. 112 §. 2 D. de cond. 35. 1, l. 6 C. de cond. ins. 6. 46, l. 13 pr. §. 1. 2 D. de manum. test. 40. 4 (Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 120. 121). Vgl. auch l. 5 §. 4 l. 85 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 25 §. 13 D. fam. erc. 10. 2, l. 4 §. 1 D. de V. O. (§. *Cato*), und dazu Ubbelohde a. a. O. S. 124—143. [Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 129 fg. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 36. 39. Vangerow II §. 435 Anm. 1.]

[4] Es ist also hier die Rede von der s. g. condicio mixta, d. h. derjenigen, deren Erfüllung nicht rein von dem Willen des Berechtigten (cond. potestativa), und nicht rein vom Zufall abhängt (cond. casualis). Diese Eintheilung findet sich in l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51.

[5] Die Regel des c. 66 de R. I. in VI°: „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset", ist in dieser Allgemeinheit anerkanntermaßen falsch. Sie ist zwar aus dem römischen Recht entlehnt (l. 23 D. de cond. inst. 28. 7), erhält aber hier ihre Correction durch die genauer redenden Stellen der folgen-

Stande zu bringen, so gilt die Bedingung als erfüllt[6]. Jedoch beruht dieser Satz nur auf Willensauslegung; es darf angenom-

den Note. Vgl. Seuff. Arch. III 152. — Es hat keinen Sinn, wenn man lehrt (Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XLI §. 1462 i. A., W. Sell Versuche II S. 214. 215. 227. 228), daß wenigstens bei potestativen Bedingungen der ernstliche Wille zur Erfüllung genüge; denn eine wirkliche potestative Bedingung kann durch Zufall gar nicht vereitelt werden. Versteht man aber unter potestativer Bedingung diejenige, bei welcher der eigentliche Wille des Erblassers nur auf die Bereitwilligkeit zur Erfüllung gerichtet ist, so hat man etwas sehr Wahres gesagt, aber auch etwas sehr sich von selbst Verstehendes. Vgl. Fr. Maaßen civil. Erörterungen (1854) S. 3. 4. 20 fg. Ebensowenig haltbar ist die von Anderen (W. Sell Versuche S. 172. 215—227, Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 221, mir selbst Voraussetzung S. 185 Note 10) aufgestellte Regel, daß (bei der condicio mixta) die Bereitwilligkeit zur Erfüllung wenigstens dann genüge, wenn sie zu einer Zeit, wo die Erfüllung der Bedingung noch möglich war, an den Tag gelegt worden sei. Als Regel (vgl. Note 8) darf es in keiner Wendung behauptet werden, daß der Wille desjenigen, welcher eine Handlung verlangt, auf Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet sei. Maaßen a. a. O. S. 4.

[6] In den Quellen wird dieser Satz für den Fall anerkannt, wo die als Bedingung gestellte Handlung nicht ohne die Mitwirkung eines Dritten vollzogen werden kann, und dieser Dritte seine Mitwirkung versagt. L. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2. „Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur". Vgl. auch l. 78 pr. D. de cond. 35. 1. Beispiele: es soll Jemandem gegeben werden, er verweigert die Annahme; es soll eine gewisse Person geheirathet werden, sie verweigert die Eingehung der Ehe. Diese und andere Beispiele in l. 3. 11. 23 D. de cond. inst. 28. 7, l. 14 31. 40 pr. l. 84. 101 §. 4 D. de cond. 35. 1. l. 30 §. 5 D. de leg. III° 32, l. 13 pr. D. de annuis 33. 1, l. 1 C. de inst. et subst. 6. 25, vgl. l. 40 pr. D. de cond. 35. 1. Anders, wenn die betreffende Person vorher stirbt, so daß mit der Handlung gar nicht begonnen werden kann; hier kann man nicht sagen, daß der bedingt Berechtigte das Seinige gethan habe, l. 23 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 31. 94 pr. l. 112 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 20 §. 3 D. de statulib. 40. 7, l. 4 C. de cond. ins. 6. 46. Daß die Handlung, welche unter Mitwirkung der dritten Person vollzogen werden soll, dieser zum Vortheil gereiche, ist nicht erforderlich, und so ist die nach dem Vorgange von Savigny (III §. 119) von Vielen (z. B. Puchta §. 60, Sintenis I S. 176, Wächter II S. 694) aufgestellte Regel: daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung der Bedingung berechnet sei, darauf freiwillig verzichte, wenngleich richtig, zu enge; es ist auch in den Quellen keine Regel dieses Inhalts ausgesprochen, und namentlich

men werden, daß wahrscheinlich der Erblasser dieß gewollt habe[7], aber es ist zuzugeben, daß in einem gegebenen Falle die Auslegung auch zu einem anderen Resultate führen könne, und zwar sowohl dazu, daß der Wille des Erblassers auf die wirkliche Vollziehung der Handlung, als dazu, daß er auf die bloße Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet gewesen sei[8]. Was Verfügungen

---

nicht in l. 24 D. de cond. 35. 1 (s. Note 10). Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens bei dem Satze stehen geblieben werden solle, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn die zur Erfüllung nöthige Mitwirkung einer dritten Person versagt werde. Dieß ist die Ansicht von Maaßen a. a. O. S. 5 fg. Meiner Meinung aber darf in diesem Satze der Ausdruck der allgemeinen, im Text bezeichneten Regel gefunden werden. Für die engere Fassung neuerdings wieder Arndts §. 69 Anm. 3. Vgl. noch Unger oesterr. Erbrecht §. 16 Anm. 16. [Gotting Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I S. 315 fg. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 38. 39 a. E. Vangerow II §. 435 Anm. 2.]

[7] L. 23 D. de cond. inst. 28. 7: — „plerumque enim haec condicio *si uxorem duxerit*, *si dederit*, *si fecerit*, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat det aut faciat".

[8] Die letztere Auslegung liegt ganz nahe, wenn auf die Nichtvollziehung der Handlung eine Strafe gesetzt ist, l. 6 pr. l. 101 pr. D. de cond. 35. 1. Wenn ferner als Bedingung das Bleiben bei einer gewissen Person gestellt ist, so ist hier unter Bleiben im Zweifel Nichtverlassen zu verstehen, so daß die Bedingung als erfüllt angesehen werden muß, auch wenn die betreffende Person gestorben ist oder stirbt, l. 20 pr. D. de annuis 33. 1, l. 13 §. 1 l. 18 §. 1 2 l. 20 §. 3 D. de alim. 34. 1, l. 84 D. de cond. 35. 1. (Gegen die Erklärung dieser Stellen aus der Begünstigung der Alimente spricht l. 10 pr. D. de annuis 33. 1. Vgl. l. 13 §. 1 D. eod.) Auch l. 54 §. 2 D. de leg. I° 30, deren gerades Gegentheil l. 23 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2 enthält, wird man aus dem präsumtiven Willen des Erblassers erklären müssen, wenn man nicht zu der an und für sich wenig anmuthenden und außerdem durch den Zusammenhang mit §. 1 zurückgewiesenen Conjectur Savigny's (III S. 148): mor*a* statt mor*s* greifen will. Ferner gehört hierher l. 39 §. 4 D. de statulib. 49. 7 (*ex testamento!* vgl. l. 20 §. 3 eod.), vielleicht auch l. 54 §. 1 D. de leg. I° 30 und l. 28 pr. D. de cond. 35. 1, von denen wenigstens die erste (l. 54 §. 1 D. de leg. I°) einen anderen Gesichtspunkt zu verfolgen scheint (vgl. §. 2 eod.), als l. 72 §. 4 D. de cond. 35. 1. (Die besondere Behandlung der Bedingung der Freilassung beruht nicht mehr auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift [constitutum ius], Ulp. II. 6, l. 3 pr. l. 4 §. 2 l. 20 §. 3 l. 28 pr. D. de statul. 40. 7, l. 55 pr. D. de manum. test. 40. 4, l. 94 pr. D. de cond. 35. 1, l. 7 C. de cond. ins. 6. 46.) Vgl. auch Vangerow II §. 435 Anm. 2 Nr. 2.

unter Lebenden angeht, so enthalten die Quellen keine Entscheidung der aufgeworfenen Frage, und es erscheint äußerst bedenklich, die im Vorstehenden bezeichnete Regel auf sie zu übertragen[9]. — Nicht auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift beruht die Regel, daß die Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn ihre Erfüllung unredlicher Weise durch denjenigen gehindert wird, welcher an ihrer Nichterfüllung Interesse hat[10].

---

[9] Doch kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht den letztwilligen Verfügungen die Schenkungen gleichzustellen seien, da dieselben gleich jenen eine Liberalität enthalten. Daß in der That diese Liberalität der Grund ist, warum bei letztwilligen Verfügungen eine freiere Auslegung gestattet wird, dafür enthält einen Beweis l. 7 D. de fideic. lib. 40. 5, welche in einem Falle, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität ausnahmsweise nicht enthält, den wirklichen Vollzug der Handlung verlangt. Zwar handelt diese Stelle nicht von einer Bedingung, sondern von einer Voraussetzung; aber die Uebertragung ihrer Entscheidung auf die Bedingung ist erlaubt nicht nur wegen der Verwandtschaft zwischen Voraussetzung und Bedingung im Allgemeinen, sondern auch speciell deßwegen, weil, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität wirklich enthält, die Voraussetzung in der hier fraglichen Beziehung behandelt wird, wie die Bedingung (§. 100 Note 7). — Wenn aber gesagt wird, daß die im Texte aufgestellte Regel auf Willenserklärungen unter Lebenden nicht ohne Weiteres übertragen werden dürfe, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß unter besonderen Umständen auch bei ihnen die Auslegung zu dem Resultate führen könne, daß nicht der wirkliche Vollzug der als Bedingung gesetzten Handlung gewollt sei, wie man denn namentlich in dem Falle, wo diese Handlung auf den Vortheil eines Anderen gerichtet ist, bei Verzicht desselben die Bedingung als erfüllt allerdings wird annehmen müssen. Es ist nicht glaublich, daß ihm der Vortheil habe aufgedrängt werden sollen.

[10] L. 161 D. de R. I. 50. 17. „In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset“. Die l. 161 cit. (Ulpian) wiederholt in bestimmterem Ausdruck eine von einem früheren Juristen (Julian) herrührende Stelle, l. 24 D. de cond. 35. 1, in welcher daher zweifelsohne mit der Vulgata *non* impleri gelesen werden muß. Vgl. aber auch Vangerow I §. 94. Außer den genannten Stellen s. noch l. 50 D. de contr. emt. 18. 1, l. 85 §. 7 D. de V. O. 45. 1; Ulp. II. 5, l. 3 §. 9 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 66. 81 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2, l. 38 D. de statul. 40. 7. L. 38 cit: „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit, sed id duntaxat, quod impediendae libertatis factum est“. Vgl. Wächter II S. 694. 695; Seuff. Arch. IV. 97, X. 128. [Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 38 Note 1. 2. §. 39 Note 23.]

γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen.

§. 93.

Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige, dessen Willen durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, die Unterwerfung wollen sollte, so wird sein Wille gar nicht unterworfen. Die Willenserklärung enthält einen inneren Widerspruch; sie will unterwerfen, und doch nicht unterwerfen, eine Pflicht begründen und doch nicht begründen. Deßwegen ist sie nichtig; sie hat gar keine rechtliche Bedeutung. Wird hinterher das Wollen der Unterwerfung ausgesprochen, so liegt eine neue Willenserklärung vor, und diese ist es, welche die rechtliche Wirkung hervorruft, nicht die früher abgegebene. Dieß gilt in gleicher Weise von Willenserklärungen unter Lebenden[1] und auf Todesfall[2], von aufschiebenden und auflösenden Bedingungen[3]. Auch

§. 93. [1] L. 8 D. de O. et A. 44. 7, l. 17. 46 §. 3 l. 108 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 13 C. eod. 4. 38. L. 46 §. 3 cit. „Illam autem stipulationem, *si volueris* dari, inutilem esse constat". L. 108 §. 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit". L. 7 pr. cit. - - „neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit adstrictus". — Aber der obligatorische gegenseitige Vertrag wird dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Contrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet hat. Dieser Contrahent ist zwar nicht gebunden, aber deßwegen nicht auch der Andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeugt, sind nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere bestehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation besteht getrennt von der anderen, nur kann keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen hat (vgl. II §. 321 Note 2. 24. §. 387 Note 3). In diesem Sinne wird namentlich die Gültigkeit des s. g. Kaufs auf Probe in den Quellen als durchaus unzweifelhaft behandelt, §. 4 I. de emt. 3. 23. Savigny III §. 117. i sieht in derselben eine „ganz einzelne Ausnahme". Andere haben nach anderen Wegen gesucht, um dieselbe mit der hier besprochenen Regel in Einklang zu bringen; namentlich in der neuesten Zeit ist dieser Punkt auf das Lebhafteste verhandelt worden. S. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 266—279, Fitting das. II S. 226—240 und V. 3. Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 260 fg., Unger Zeitschr. f. Handelsr. III. 7, und unten Note 4 und 6. Vgl. auch II §. 387 Abs. 2 und Arndts §. 301 Anm. 5.

[2] L. 11 §. 7 D. de leg. III° 32, l. 46 §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5.

[3] Ist daher einem Kaufvertrage die Bedingung hinzugefügt worden *nisi emtori displicuisset* (*res*), und der Käufer macht hinterher von dem ihm ein-

das macht keinen Unterschied, ob die Bedingung ausdrücklich, auch den Worten nach, auf das Wollen, die Willkür, das Belieben desjenigen, dessen Wille unterworfen werden soll, gestellt ist, oder ob sie nur ihrem Sinne nach darauf geht[4]. — Anders ist es, wenn als Bedingung eine Handlung desjenigen gesetzt wird, dessen Wille unterworfen werden soll (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Wollens, daß die Willensunterwerfung eintreten solle), mag es auch ganz in seinem Belieben stehen, ob er diese Handlung vornehmen will oder nicht. Das Resultat ist zwar auch hier, daß die durch die Willenserklätung zu begründende Willensunterwerfung nur dann eintritt, wenn er will; aber immerhin ist das Eintreten dieser Wirkung nicht davon abhängig gemacht, daß er dieses Eintreten, sondern davon, daß er etwas Anderes wollen sollte. Von einem inneren Widerspruch der Willenserklärung kann hier keine Rede sein; wer sagt: ich will, daß Dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, daß Dieses sein solle, spielt mit Worten; wer sagt: ich will, daß Dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, daß Jenes sein solle, sagt etwas sehr Vernünftiges. Deß-

geräumten Rechte Gebrauch, so werden dadurch die von ihm in der Zwischenzeit über die Sache getroffenen Verfügungen nicht unwirksam, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Käufer war (in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags) gar nicht gebunden; die Sache fällt an den Verkäufer zurück nicht kraft der früheren Willenserklärung des Käufers, sondern kraft seiner jetzigen. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 54. — Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 240 fg. nimmt an, daß eine solche Bedingung nur obligatorisch wirke, Dernburg Pfandr. I S. 215, daß sie sich nur auf den obligatorischen Vertrag, nicht auf die Tradition beziehe.

[4] Das Gegentheil behauptet Fitting (Note 1 a. E.); nach ihm soll nur dann Nichtigkeit der Willenserklärung eintreten, wenn die Bedingung auch ihrem Wortlaute nach auf das reine Wollen des zu Bindenden gestellt sei. Fitting sucht in dieser Weise die Gültigkeit des Kaufs auf Probe zu rechtfertigen (Note 1); die dem Käufer vorbehaltene Erklärung gehe ihrem Sinne nach freilich darauf, ob er gekauft haben wolle, aber ihrem Wortlaute nach nur darauf, ob ihm die gekaufte Sache genehm sei. Ist das in Note 1 Gesagte richtig, so ist die Schwierigkeit, welcher Fitting durch seine Annahme entgehen will, beseitigt. Unter den übrigen Argumenten, auf welche er sich beruft, scheinen mir ohne Gewicht l. 7 pr. D. de contr. emt. 18 1 (s. Note 6 a. E.) und l. 11 §. 5 D. de leg. III° 32 (zwar die Verfügung des Erblassers: du sollst, wenn du nicht Nein sagst, enthält einen Widerspruch in sich selbst, aber keinen Widerspruch enthält die Verfügung: du sollst, wenn du nicht sofort Nein

wegen ist in dem letzteren Falle die Willenserklärung nichtig; wenn hinterher das als Bedingung gesetzte Wollen eintritt, ist sie es, auf welcher die nun entstandene rechtliche Wirkung beruht, so wie sie auch schon vorher diejenige Gebundenheit erzeugt, welche die Folge einer bedingten Willenserklärung ist (§. 89 a. E.)[5]. Nur muß nicht die Bedingung des Handelns (des Wollens eines Andern) eine bloße Verkleidung des Wollens (des Wollens der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung) sein; der Urheber der Willenserklärung muß das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, nicht als einen bloßen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung

---

sagst, vgl. übrigens auch Unger österr. Erbrecht §. 57 Anm. 1 [Vangerow II §. 437 Anm. Nr. 3, Arndts Forts. von Glück XLVI S. 354 fg.]), von geringem l. 68 D. de her. inst. 28. 5, l. 52 D. de cond. 35. 1 (bei der Erklärung: der Sache nach kann das Vermächtniß auf den Willen gestellt werden, aber nicht der Form nach, kann unsere Auffassung sehr gut bestehen), von größerem l. 46 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Aber auch in Betreff dieser Stelle ist zu erwägen, daß wer bloß das Wann in das Belieben des Verpflichteten stellt (die Stelle handelt von einer Stipulation mit der Hinzufügung: cum volueris), damit nicht das Ob von seinem Belieben abhängig gemacht haben will, und daß, wenn der Verpflichtete durch die fortwährende Berufung darauf, daß er jetzt noch nicht zu leisten brauche, sich praktisch allerdings zu einem Ungebundenen machen kann, er doch nach dem eigentlichen Willen des ihm die Verpflichtung Auferlegenden ganz und gar nicht ungebunden sein soll. Diesen eigentlichen Willen hat man bei Stipulationen gegenüber dem Wortlaut der Willenserklärung nicht zur Geltung bringen zu dürfen geglaubt; bei Fideicommissen hat man es gethan (l. 11 §. 6 l. 41 §. 13 D. de leg. III° 32), durch eine Interpretation, welche man dann freilich doch wieder consequent durchzuführen nicht den Muth gehabt hat (l. 11 §. 6 cit. am Schluß). Jedenfalls halte ich die l. 46 §. 6 cit. nicht für ausreichend, um zu dem Glauben an einen Cultus des Wortes bekehren, dessen innere Berechtigung mir durch die Ausführungen Fittings (Zeitschr. V S. 148 fg. Arch. S. 273—275) nicht einleuchtender geworden zu sein scheint. Und das gerade hier, in der Lehre von Bedingung, Kauf, letztwilliger Verfügung! Was Stipulationen angeht, vgl. u. a. l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94. 111 D. de V. O. 45. 1. [Vangerow II §. 435 Anm. Nr. 1, Arndts Forts. von Glück XLVI S. 352—355.]

[5] Der Beweis für das im Texte Gesagte ist enthalten einmal in der unbestrittenen Gültigkeit des Versprechens einer Strafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens, sodann, was letztwillige Verfügungen angeht, in l. 3 D. de leg. II° 31. „Si ita legetur: *heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit*, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit,

eintreten solle, angesehen haben[6]. Von der andern Seite ist es auch möglich, daß die Bedingung des Wollens ihrem wahren Sinne nach nicht sowohl auf die reine Willkür, als vielmehr auf das vernünftige und billige Ermessen geht; da dieses ein

---

ascendere vel non ascendere". [Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 300 fg.]. Schwierigkeit macht jedoch l. 43 §. 2 D. de leg. I° 30 („Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest"), indem nämlich hier, wenn die Stelle mit dem übrigen Inhalt der Compilation in Einklang stehen soll, unter voluntas Willkürhandlung verstanden werden muß, da nach l. 52 D. de cond. 35, 1, vgl. l. 68 D. de her. inst. 28. 5, das Vermächtniß auf den bloßen Willen auch nicht eines Dritten gestellt werden kann. Die Stelle aus dem Verbote des legatum poenae nomine relictum zu erklären (vgl. Vangerow II §. 432 Anm. Nr. 1), erscheint, namentlich auch wegen l. 2 D. de his quae poenae 34. 6, sehr bedenklich. Viele nehmen an, daß der Verfasser der l. 43 §. 2 cit., Ulpian, in Betreff der Zulässigkeit der Abhängigmachung eines Vermächtnisses von dem reinen Willen eines Dritten allerdings seine eigene Meinung gehabt habe, indem sie sich dafür noch auf l. 1 pr. D. de leg. III° 32 und l. 46 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5 berufen, welche doch auch eine andere Erklärung gestatten. Vgl. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 31 Note 2. 12, Unger Zeitschr. f. Handelsr. III S. 399—404, Fitting das. V S. 199 Note 44 S. 168 fg., Unger österr. Erbrecht §. 57 Anm. 2. Von Anderen wird der im Text aufgestellte Satz ganz geleugnet, und die Behauptung aufgestellt, daß die auf eine Handlung des bedingt Verpflichteten gestellte Bedingung die Willenserklärung immer in gleicher Weise ungültig mache, wie die auf das bloße Wollen gestellte. Vgl. Sintenis I §. 20 Note 45, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 120. 124, auch Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde rc. §. 28—30. [Glück XXXIII S. 446 fg. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 355 fg.]

[6] Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzuge der Pfandrechte §. 17. Dawider Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 124—126. 139. — Wie ist es, wenn als Bedingung nicht ein Handeln, sondern eine rein innerliche Bestimmtheit der betreffenden Person, z. B. ein Gefallen, ein Zufriedensein mit Etwas gesetzt wird? Wird eine solche Bedingung ihrem Wortlaute nach genommen, so bringt sie in die Willenserklärung eben so wenig einen Widerspruch, wie die Bedingung des Handelns, da sie auf etwas Anderes geht, als auf das Wollen der durch die Willenserklärung zu begründenden rechtlichen Wirkung. Eine andere Frage aber ist, ob sie ihrem Wortlaute nach genommen werden darf, ob sie nicht nach der Meinung des Urhebers der Willenserklärung als auf die, keiner weiteren Controle mehr unterliegende, Erklärung des Gefallens, des Zufriedenseins gerichtet verstanden werden muß, wie dieß gerade in Betreff der Bedingung si placuerit (res emta) gegen Unger Zeitschr. f. Handelsr. III. 7 in Vertheidigung der herrschenden Meinung Fitting das. V S. 86 fg. aus-

objectiv zu bestimmendes ist, so enthält sie dann eine Bindung des Willens, wie jede andere[7].

Einen Widerspruch in die Willenserklärung bringen auch die s. g. perplexen Bedingungen, d. h. diejenigen, welche eine Thatsache verlangen, mit welcher das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung unverträglich ist; auch sie machen daher die Willenserklärung nichtig[8].

§. 94*.

Unmögliche Bedingungen schließen ihrem Begriffe nach die Wirksamkeit der Willenserklärung sogleich definitiv aus (§. 87). Das römische Recht hat ihnen jedoch diese Wirkung nur bei Willenserklärungen unter Lebenden gelassen[1]; was Willenserklärungen auf Todesfall angeht, so ist die Ansicht durchgedrungen, daß bei ihnen unmögliche Bedingungen als nicht hinzugefügt anzusehen seien[2]. Die näheren Regeln für diesen Satz sind folgende.

---

führt. Ist dieß der Fall, so ist die Bedingung in der Wirklichkeit auf das reine Belieben des zu Bindenden gestellt. In diesem Sinne ist auch zu verstehen l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1. (Verkauf eines Sklaven, „si rationes domini computasset arbitrio“; ist das arbitrium als reines arbitrium zu fassen, so kann der Herr zu jeder Zeit sagen, die Rechnung sei nicht gelegt, wie er wolle, selbst wenn er dieselbe ausdrücklich gut geheißen hat; wer weiß, ob er das nicht aus Mitleid, in Schenkungsabsicht ꝛc. ꝛc. gethan hat.)

[7] L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 pr. D. de leg. I° 30, l. 11 §. 7 D. de leg. III° 32, l. 46 pr. §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 91—95. 141.

[8] L. 16 D. de cond. inst. 28. 7. „*Si Titius heres erit*, *Seius heres esto; si Seius heres erit*, *Titius heres esto*. Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit“. L. 39 D. de manum. test. 40. 4. Vgl. l. 88 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2.

* W. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Versuche im Gebiete des Civilrechts, 2. Theil, 1834).

§. 94. [1] §. 11 I. de inut. stip. 3. 19, l. 9. §. 6 D. de R. C. 12. 1, l. 1 §. 11 l. 31 D. de O. et A. 44. 7, l. 7. 137 §. 6 D de V. O. 45. 1, l. 29 D. de fidei. 46. 1.

[2] Gai. III. 98, §. 10 I. de her. inst. 2. 14, l. 16 i. f. D. de iniusto 28. 3, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 3 l. 4 §. 1 D. de cond. 35. 1. Gaius l. c.: — „legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset; diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idonae diversitatis ratio reddi potest“. L. 3

Er gilt nur für diejenigen Bedingungen, deren Erfüllung gleich anfänglich zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist, nicht für solche, deren Erfüllung erst hinterher unmöglich wird[3], und nur für diejenigen, deren Erfüllung bleibend, nicht für diejenigen, deren Erfüllung bloß zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist[4]. Von der anderen Seite gilt er nicht bloß für absolut unmögliche Bedingungen, d. h. für solche, deren Erfüllung unter allen Umständen unmöglich ist, sondern auch für relativ unmögliche, d. h. für solche, deren Erfüllung nur deßwegen unmöglich ist, weil es in dem gegebenen Fall an den erforderlichen Voraussetzungen ihrer Erfüllung fehlt[5]; ja auch solche Bedingungen, deren Erfüllung zwar an und für sich möglich, aber mit außerordentlichen, unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht zu überwindenden Schwierigkeiten verbunden ist, werden den unmöglichen gleichgestellt[6]. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die Erfüllung der Bedingung nie möglich gewesen, oder nur vor der Willenserklärung unmöglich geworden ist[7], und ebenso wenig, ob der Verfügende die Unmöglichkeit gekannt hat, oder nicht[8].

---

cit. (Ulpianus). „Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas". Wie das zu denken sei, darüber Sell S. 38 fg., Mühlenbruch zu Glück XLI S. 79 fg., Savigny III §. 124, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 322. Vgl. auch Note 16. [Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 31 Note 10. 11.]

3 S. §. 92.

4 L. 58 D. de cond. 35. 1. „Si ancillae alienae *cum ea nupsisset* legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere". Nur muß es nicht unerlaubt sein, eine Veränderung der betreffenden Art zu erwarten, vgl. l. 35 §. 1 l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 34 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Sell S. 58 fg., Savigny III S. 167, Wächter II §. 96 Note 8. 9, Vangerow II §. 434 Anm. 1 Nr. I. 2. b, Unger §. 82 Noten 88—92. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 123 fg. [Mayer a. a. O. Note 15.]

5 Z. B. für die Bestimmung eine bestimmte Person zu heirathen, wenn dieselbe bereits gestorben ist, l. 45 D. de her. inst. 28. 5, l. 104 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 6 §. 1 l. 72 §. 7 D. de cond. 35. 1, l. 26 §. 1 D. de statulib. 40. 7.

6 Savigny (III S. 165) nennt sie passend unerschwingliche Bedingungen. L. 6 D. de cond. inst. 28. 7, cf. l. 4 §. 1 D. de statul. 40. 7.

7 L. 6 §. 1 D. de cond. 35. 1.

8 Sell S. 77—88, Savigny III S. 191—192, Vangerow II §.

Wie die unmöglichen Bedingungen werden auch die unerlaubten Bedingungen behandelt, d. h. diejenigen, durch welche die Willenserklärung einen unerlaubten oder doch mißbilligten Inhalt annimmt; auch sie machen Willenserklärungen unter Lebenden sogleich definitiv unwirksam, während sie bei Willenserklärungen auf Todesfall als nicht hinzugefügt angesehen werden[9]. In dem bezeichneten Sinne unerlaubt sind diejenigen Bedingungen, welche auf das verbotene Verhalten einen Vortheil setzen[10], oder auf das gebotene einen Nachtheil[11]; aber auch diejenigen, welche auf das gebotene Verhalten einen Vortheil setzen, gehören dann hierher, wenn sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt[12]. Ferner gehören hierher diejenigen Bedingungen, durch welche in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt wird, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive

---

434 Anm. 1 Nr. I. 2. a. Vgl. jedoch l. 4 §. 1 D. de statulib. 40. 7 und dazu Vangerow II §. 434 Anm. 1 Nr. II. 3, aber auch Savigny III S. 195 Note d. S. 203 Note i.

[9] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Unerlaubtheit ihren Grund in einer Sitten- oder in einer Rechtsvorschrift hat. L. 9. 14. 15 D. de cond. inst. 28. 7; l. 123. 137 §. 6 (vv. *vel id facere ei non liceat*) de V. O. 45. 1. — Eine unerlaubte Bedingung (turpis condicio) ist also nicht eine solche, die auf etwas Unerlaubtes gerichtet ist. Es kommt nicht auf den Inhalt der Bedingung an, sondern auf den Inhalt der bedingten Willenserklärung. Die auf etwas Unerlaubtes gerichtete Bedingung ist vollkommen erlaubt, wenn die bedingte Willenserklärung auf das Unerlaubte eine Strafe setzt, l. 121 D. de V. O. 45. 1, l. 1. 2 C. si manc. 4. 56. Um so weniger ist es gerechtfertigt, wie früher gebräuchlich war, die besondere Behandlung der unerlaubten Bedingung darauf zurückzuführen, daß sie eigentlich eine unmögliche (sittlich unmögliche) sei. Ihre Veranlassung hat diese Auffassung in dem schönen Spruche Papinians, welchen er durch seinen Tod besiegelt hat: „quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est", l. 15 D. de cond. inst. 28. 7. Vgl. Arndts Beiträge S. 172 fg., Savigny III S. 169—172, Vangerow I §. 93 Anm. 3 Nr. III.

[10] L. 123 D. de V. O. 45. 1, Paul. R. S. III. 4B §. 2, l. 9. 27 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 5 C. eod. 6. 25, l. un. C. de his quae poenae 6. 41.

[11] L. 121 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 1 C. si mancipium 4. 56. Savigny III §. 122. g.

[12] L. 7 §. 3 D. de pactis 2. 14. Arndts a. a. O. S. 178, Savigny III S. 176—179, Wächter II §. 96 a. E.

nicht soll bestimmen lassen[13]; sodann die Bedingungen, welche eine Beförderung der Ehelosigkeit enthalten[14]; und endlich die Bedingung, daß der letztwillig Bedachte irgend eine zukünftige Leistung vorher eidlich verspreche[15].

---

[13] Aus diesem Gesichtspunkt wird in den Quellen für ungültig erklärt das Versprechen einer Strafe unter der Bedingung, daß man eine bestimmte Ehe nicht eingehen, oder daß man von seinem Scheidungsrechte Gebrauch machen sollte, l. 71 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 19 eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 39; ferner das Versprechen einer Belohnung unter der Bedingung des Eingehens einer bestimmten Ehe, l. 97 §. 2 de V. O. 45. 1 (Savigny III §. 123. i). Nicht ebenso gilt für unzulässig das Aussetzen eines testamentarischen Vortheils für den Fall eines bestimmten Verhaltens in Ehesachen, so daß also die betreffende Bedingung nicht erlassen wird, l. 71 §. 1 cit.: „aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari", l. 63. 64 eod.: mit Ausnahme jedoch (vgl. auch die folgende Note) des Falles, wo ein Vortheil unter der Bedingung der Ehescheidung ausgesetzt wird, weil sich hier der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit einmischt, l. 8 §. 1 D. de usu 7. 8, l. 5 C. de cond. inst. 6. 25. Savigny III S. 180—184. — Aus demselben Gesichtspunkt wird die einer testamentarischen Verfügung hinzugefügte Bedingung der Wahl eines bestimmten Aufenthaltsortes gestrichen, arg. l. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1, sowie das Versprechen einer Conventionalstrafe für den Fall, daß nicht in einer gewissen Weise über den Nachlaß verfügt werden sollte, für ungültig erklärt, l. 61 D. de V. O. 45. 1 (bei Willenserklärungen auf Todesfall greift hier das Verbot captatorischer Verfügungen ein, s. unten im Erbrecht). — Für unerlaubt muß nach diesem Gesichtspunkt endlich auch die Willenserklärung gehalten werden, welche auf den Entschluß in Betreff der Aenderung oder Nichtänderung des Religionsbekenntnisses durch Belohnung oder Strafe einzuwirken bestimmt ist, so daß sie also als Willenserklärung unter Lebenden nichtig ist, als Willenserklärung auf Todesfall durch Abzug der Bedingung zu einer erlaubten gemacht wird. Die Ansichten sind jedoch hier sehr verschieden, vgl. namentlich Vangerow I S. 138 u. die dort Citirten, außerdem Wächter §. 96 Note 18, Böcking I §. 112 Note 17, Unger II S. 86. 87.

[14] Nach einer ausdrücklichen Bestimmung der lex Iulia et Papia Poppaea, l. 22. 63 §. 1 l. 64. 72 §. 4 l. 77 §. 2 l. 79 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 100 eod. Vgl. Wächter II §. 96 Note 17, Vangerow I S. 139 [II §. 434 Anm. 1 Nr. I. 3]. Anders behandelt das spätere römische Recht die Bedingung der Nichteingehung einer zweiten Ehe, worin es ein Verdienst sieht, l. 2. 3 C. de ind. vid. 6. 40, Nov. 22 c. 43. 44.

[15] Condicio iurisiurandi. Die Bedingung wird hier in eine Auflage (Voraussetzung) verwandelt. L. 8. D. de cond. inst. 28. 7, l. 20 l. 26 pr.

Die hier bezeichnete besondere Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen bei Willenserklärungen auf Todesfall ist aber daran geknüpft, daß die letztwillige Verfügung, wie gewöhnlich, so auch im gegebenen Falle wirklich, eine Liberalität enthalte[16]. Daraus folgt im Besonderen, daß, wenn die unmögliche Bedingung einer letztwilligen Verfügung als auflösende hinzugefügt worden ist, die Verfügung aufrecht erhalten werden muß, wie jede andere[17].

δ. Statthaftigkeit der Bedingungen.

§. 95.

Es gibt Bedingungen, welche bei keinem Rechtsgeschäfte statthaft sind; das sind die widersprechenden und die unerlaubten (§. 93. 94). Es gibt Rechtsgeschäfte, bei denen gewisse Bedingungen nicht statthaft sind; sie werden im Laufe der Darstellung

---

D. de cond. 35. 1, l. 19 §. 6 D. de don. 39. 5. L. 8 pr. cit. — „cum . . faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent, quod relictum est, praetor consultissime intervenit". Savigny III S. 185—100, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 12 (1840), Vangerow II §. 434 Anm. 1 Nr. I. 4.

[16] Wie man sich diese besondere Behandlung auch zurechtlegen mag, jedenfalls wird als letzter Grund derselben anzusehen sein, daß der Verfügende sein Vermögen hat vergeben wollen, nicht um eines zu erreichenden Zweckes willen die Vermögenszuwendung gemacht hat. Auch wird bei der Voraussetzung, wo die gleiche Behandlung eintritt, die Behandlung darauf zurückgeführt, daß dem Bedachten eine Liberalität hat erwiesen werden sollen, l. 37 D. de cond. 35. 1. Auf der anderen Seite liegt es auch hier nahe (vgl. §. 92 Note 9), das für letztwillige Verfügungen Anerkannte auf Schenkungen auszudehnen, um so mehr, als das unter einer unmöglichen Voraussetzung Geschenkte anerkanntermaßen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung nicht zurückgefordert werden kann (§. 100 Note 4).

[17] Sie ist in diesem Falle die Bedingung nicht der Verleihung, sondern der Entziehung einer Liberalität. Die Hauptverfügung besteht also, als wenn ihr gar keine Bedingung hinzugefügt worden wäre. — Ist die auflösende Bedingung eine unsittliche, so hängt auch hier Alles davon ab, ob der Inhalt der Verfügung durch die Bedingung ein unerlaubter wird, oder nicht. Vgl. auch Savigny III S. 192. 193, Unger II §. 82 Note 94, Wächter II S. 724, Vangerow I S. 135 unt. 137. 138. [Mayer a. a. O. §. 34. 35; vgl. III §. 635 Note 11.]

genannt werden[1]. Es gibt aber auch Rechtsgeschäfte, bei denen gar keine Bedingungen statthaft sind; dieß sind die Emancipation und die Erbschaftsantretung[2]. Die Hinzufügung einer Bedingung

---

[1] So verträgt z. B. die Erbeseinsetzung keine auflösende Bedingung, die Erbeseinsetzung eines Notherben keine andere (aufschiebende) Bedingung, als eine solche, deren Erfüllung lediglich von seiner Willkür abhängt. Vgl. Maaßen civil. Erörterungen S. 11—18. §. 95.

[2] L. 77 D. de R. I. 50. 17. (Papinianus). „Actus legitimi, qui [non] recipiunt diem vel condicionem, veluti [e]mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem". Vgl. c. 50 de R. I. in VI° 5. 13. Das in Klammern Eingeschlossene fehlt in der Florentina. Der Begriff der actus legitimi bleibt dunkel (vgl. Ihering Geist des röm. R. II S. 681 Note 920), so daß jede Ausdehnung der Vorschrift der l. 77 auf Grund desselben unzulässig erscheint. Statt emancipatio hat Papinian ohne Zweifel mancipatio geschrieben; von dieser ist auch sonst bezeugt, daß sie keine Bedingung vertragen habe, Vat. Fr. §. 329. (Wie es sich in dieser Beziehung mit der in iure cessio verhalten habe, darüber das. §. 48-50). Die Unzulässigkeit der Bedingung bei der acceptilatio erklärt sich aus dem wörtlichen Inhalt derselben; es hat keinen Sinn, zu sagen: ich habe empfangen, aber nur für diesen oder jenen Fall. Nicht das Gleiche darf aber von dem, was heutzutage der acceptilatio entspricht, der Quittung, gesagt werden. Was die servi optio angeht, d. h. die Wahl desjenigen, welchem eine Sache vermacht worden ist, die er sich aus einem Kreise von Sachen des Erblassers aussuchen soll, so wird die Unzulässigkeit der Bedingung bei derselben den Sinn gehabt haben, daß eine bedingte Wahl den Untergang des Vermächtnisses durch den Tod des Vermächtnißnehmers nicht ausschloß (§. 23 I. de leg. 2. 20). Nach Justinianischem Recht aber geht das Wahlvermächtniß auch ohne Wahl auf den Erben über; wenn jetzt der fragliche Satz überhaupt noch Sinn haben soll, so muß man ihn dahin verstehen, daß der Vermächtnißnehmer durch eine bedingte Wahl nicht gebunden werde. Aber gerade das erscheint höchst bedenklich; warum sollte er nicht gebunden werden? Unter tutoris datio endlich ist nicht die testamentarische, sondern die obrigkeitliche Ernennung eines tutor zu verstehen (l. 6 §. 1 D. de tut. 26. 1, l. 8 §. 1. 2 D. de test. tut. 26. 2), so daß sie nicht hierher gehört. Vgl. über l. 77 cit. im Allgemeinen noch Elvers die röm. Servitutenlehre S. 179. 180, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 430—347. — Gehört nicht auch die tutoris auctoritas hierher? L. 8 D. de auct. tut. 26. 8; Ihering Geist des röm. R. II S. 682 Note 921. Die Bestellung einer Dienstbarkeit? L. 4 D. de serv. 8. 1; Schrader civil. Abhandlungen S. 324—332, Elvers die röm. Servitutenlehre §. 19, und unten §. 212 Note 9. In Betreff der Ehe s. c. 5. 7 X. de cond. appos. 4. 5.

macht diese Rechtsgeschäfte nichtig, und zwar nicht bloß die Hinzufügung einer eigentlichen, sondern auch die einer uneigentlichen[3].

b. Befristung*.

§. 96.

Befristung oder Betagung ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung erst mit einem gewissen Zeitpunkte eintreten solle. Ist die gewollte rechtliche Wirkung das Wiederaufhören der rechtlichen Wirkung einer andern gleichzeitigen Willenserklärung, so spricht man, wie in dem entsprechenden Falle von einer auflösenden Bedingung, so hier von einer auflösenden Befristung, in jedem anderen Falle von einer aufschiebenden Befristung[1].[2]

---

[3] Die l. 77 cit. fährt fort: „Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum". L. 51 §. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Sed si quis ita dixerit: *si solvendo hereditas est*, *adeo hereditatem*, nulla aditio est". Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 311. 339 fg.

* Savigny III §. 125—127, Wächter II §. 97, Sintenis I S. 177—181, Unger II §. 83.

§. 96. [1] Sehr gewöhnlich sagt man: dies a quo — dies ad quem. Die Quellen sagen: ein Rechtsverhältniß sei begründet a die oder in diem — ad diem. Ueber in diem vgl. z. B. §. 2 I. de V. O. 3. 15, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 22 D. de cond. inst. 28. 7; — vereinzelt l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

[2] Für die Bestimmung des Wesens der auflösenden Befristung muß dasjenige, was für die auflösende Bedingung gilt, unmittelbar maßgebend sein. Ist nun die auflösende Bedingung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Bedingung (§. 86 Note 6), so ist auch die auflösende Befristung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Befristung. Die aufschiebende Befristung hingegen ist so wenig eine besondere Willenserklärung, wie die aufschiebende Bedingung es ist; sie ist wie diese eine Qualification der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist; auch die befristete Willenserklärung ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines einigen, so geeigenschafteten Willens. Demgemäß muß auch für die Beweislast das Nämliche gelten, wie

Die Wirkung der Befristung bestimmt sich durch ihren Inhalt; die Befristung schiebt das Eintreten der durch die Willenserklärung zu erzeugenden rechtlichen Wirkung bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt hinaus. Bei der auflösenden Befristung ist also bis dahin die rechtliche Wirkung des Hauptgeschäftes vollkommen vorhanden, bei der aufschiebenden ist einstweilen eine rechtliche Wirkung überhaupt nicht vorhanden[3]. Von der anderen Seite ist jedoch auch bei der aufschiebenden Befristung die künftige Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung vollkommen sicher, die Existenzfrage darf für sie nicht mehr aufgeworfen werden[4], und so kann auch gesagt werden,

---

bei der Bedingung, d. h. die auflösende Befristung muß von dem sie Behauptenden bewiesen werden, nicht aber die aufschiebende. A. M. in Betreff der aufschiebenden Befristung Unger II §. 83 Note 3 und österr. Erbrecht §. 17 Anm. 1, Bayer Vorträge S. 739, Wetzell Civilproc. §. 19 a. E.; übereinstimmend Arndts krit. VJSchr. V S. 14 fg. Auch von dem Beweise der auflösenden Befristung sprechen den Behauptenden frei die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. III. 222, V. 239.

[3] L. 41 §. 1 D. de V. O. 45. 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur". Gai. III. 124. IV. 131, l. 76 §. 1 l. 89 D. de V. O. 45. 1, l. 46 D. de leg. II° 32, l. 9 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 14 D. de R. I. 50. 17; l. 1 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 45 §. 1 D. de leg. II° 31; l. 23 §. 1 D. de manum. test. 40. 4. [Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck III S. 54 fg.]

[4] Gai. III. 124: — „pecunia, quam in diem certum dari stipulamur. . . . certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur". L. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9: — „si ex die proprietas alicui legata sit, . . . quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventurum". L. 1 §. 1 D. de cond. 35. 1. „Cum dies certus adscriptus est (sc. legatis), quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri". L. 73 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2, vgl. l. 8 §. 1 D. de nov. 46. 2. Nur diese Sicherheit des künftigen Erwerbes des befristeten Vermächtnisses soll bezeichnet werden, wenn es von ihm heißt: dies *eius* cedit statim post mortem testatoris; Beweis dafür ist, daß, sobald dieser künftige Erwerb aus anderen Gründen unsicher ist, der dies cedens bis zum wirklichen Erwerb hinausgeschoben wird. L. 2. 3. 5 §. 1 D. quando dies 36. 2, l. un. §. 3 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Jedenfalls wird mit dem dies legati cedens nicht auch das durch das Vermächtniß verliehene Recht existent, l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 72 §. 5 D. de cond. 35. 1, l. 69 pr. D. de leg. I° 30, l. 80 D. de leg. II° 31, l. 7 §. 6 l. 8 l. 17 D. quando dies 36. 2.

daß sie sofort existire, nur noch nicht geltend gemacht werden könne[5]. Kommt der bezeichnete Zeitpunkt heran, so tritt die gewollte rechtliche Wirkung ein, also bei der auflösenden Befristung die Wiederaufhebung der durch das Hauptgeschäft erzeugten. Und

---

[5] §. 2 I. de V. O. 3. 15: — „quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest". L. 46 pr. D. de V. O. 45. 1. „Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio". L. 7 pr. D. de compens. 16. 2, l. 9 D. ut leg. 36. 3, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. — Die herrschende Ansicht (s. jedoch auch Thibaut Pand. §. 95, Mühlenbruch doctrina pandect. I §. 110 [aber auch Fortsetzung von Glück XLI S. 56], Sintenis I §. 21 Anm. 14, namentlich Unger II S. 89—91 und nach ihm Arndts §. 73 Note 6, — mit Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten Fritz Erläuterungen I S. 197, Vangerow 7. Aufl. I S. 146. 148) bestimmt die Wirkung der aufschiebenden Befristung von vorne herein und ohne Weiteres dahin, daß sie nur die Ausübung, nicht das Dasein des verliehenen Rechts hinausschiebe. Dieß steht in Widerspruch mit dem Inhalt der befristeten Willenserklärung, und muß daher nothwendigerweise zu Verwirrung führen. Wer sagt: du sollst Eigenthümer sein vom 1. des künftigen Monats, sagt nun einmal nicht: du sollst sogleich Eigenthümer sein. Daher muß ausgegangen werden davon, daß die aufschiebende Befristung auch die Existenz des verliehenen Rechts hinausschiebe. Nur darf dabei mit der eigentlichen Befristung nicht verwechselt werden ein hinzugefügter Nebenvertrag, durch welchen auf die Geltendmachung des sogleich erworbenen Rechts für eine gewisse Zeit verzichtet wird (pactum de non petendo in tempus). Es ist ein Unterschied zwischen dem Fall, wo Jemand einen nach 3 Monaten zahlbaren Wechsel acceptirt, und dem Falle, wo ausgemacht wird, daß ein empfangenes Darlehn erst nach drei Monaten zurückgezahlt werden solle; jener will Schuldner werden erst nach Ablauf der drei Monate, in dem letzteren Falle wird ein Ausstand von drei Monaten bewilligt. Vgl. l. 20 D. de I. D. 23. 3: — „aliud est enim differre exactionem, aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit". Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein; nichtsdestoweniger muß die Unterscheidung gemacht werden. Sie ist auch nicht ohne praktische Bedeutung, so namentlich nicht in Betreff der Beweislast (Note 2 a. E.). — Daraus, daß in unseren Quellen auch das eigentlich befristete Recht als an und für sich schon existirend angesehen wird, erklärt sich der Uebergang des befristeten Vermächtnisses auf den Erben und den Gewalthaber (l. 5 pr. §. 1. 7 l. 14 §. 3 D. quando dies 36. 2, l. 18 D. de R. I. 50. 17, vgl. §. 89 zu Note 8), ferner daß bei Erfüllung eines befristeten Anspruchs die indebiti condictio ausgeschlossen ist (l. 10 vgl. l. 16 pr. D. de cond. ind. 12. 6), und daß die Verpfändung für eine be-

zwar wird dieselbe direct wiederaufgehoben; es gilt in dieser Beziehung Alles, was von der auflösenden Bedingung gesagt worden ist (§. 90)[6].

§. 96a.

Der Zeitpunkt, an welchen die Befristung die gewollte rechtliche Wirkung knüpft, kann entweder direct bestimmt werden, durch Bezeichnung eines Kalenderpunktes[1], oder indirect, durch Beziehung auf ein künftiges Ereigniß[2], oder die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes[3]. Bei der indirecten Bestimmung

---

fristete Schuld die actio hypothecaria erzeugt (l. 14 vgl. l. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1). Allerdings finden sich Consequenzen auch aus der Auffassung gezogen, daß das befristete Recht noch gar nicht existire, — l. 45 §. 1 D. de leg. II° 32, l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1; es darf jedoch angenommen werden, daß darin (die betreffenden Stellen sind von Pomponius und Gajus) sich nur eine frühere Entwickelungsphase darstelle. Das versteht sich von selbst, daß als Beweise für die sofortige Existenz des befristeten Rechts nicht diejenigen Sätze aufgeführt werden dürfen, welche auch für das bedingte gelten (§. 89), so namentlich nicht der Satz, daß das befristete Recht durch keine spätere Verfügung verkümmert werden kann, l. 12 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43, vgl. auch l. 27. 28 D. pro socio 17. 2, l. 17 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 12 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9. Uebrigens wird ein Mal (l. 26 D. de stip. serv. 45. 3) das Wesen auch der bedingten Obligation dahin bestimmt, daß sie „ex praesenti vires accipit, quamvis petitio ex ea suspensa sit".

[6] Nur tritt natürlich keine Rückwirkung ein. Im Uebrigen geht die Behandlung der auflösenden Befristung und der auflösenden Bedingung im römischen Rechte Hand in Hand: für das heutige Recht dürfen wir als Regel behaupten, daß auch jener, wie dieser, directe Wirkung zukomme. S. l. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. §. 283, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, l. 55 D. de leg. I° 31, l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 4 D. de V. O. 45. 1, §. 3 I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1; Vat. Fr. §. 48. 50. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 pr. C. de usufr. 3. 33, l. 16 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6. pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, vgl. auch die §. 90 Note 1 citirten Stellen. S. auch §. 172 Note 17.

[1] Savigny III §. 125. c. §. 96a.

[2] Z. B. den Tod, die Heirath, die Anstellung einer gewissen Person. L. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 107 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 21 pr. D. quando dies 36. 2, l. 8 C. de test. manum. 7. 2.

[3] Z. B. es wird Jemandem etwas gegeben „am Tage seiner Volljährig-

ist aber zuzusehen, ob es auch sicher ist, daß das fragliche Ereigniß eintreten, der fragliche Zustand die bezeichnete Dauer erreichen werden[4]; ist dieß nicht der Fall, so liegt nicht sowohl eine Befristung vor, als eine Bedingung[5]. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter; es kommt auf die Auslegung des Willens an[6]. Von der anderen Seite wird bei letztwilligen Verfügungen nach dem präsumtiven Willen des Erblassers auch die auf ein gewiß eintretendes Ereigniß gestellte Befristung als Bedingung behandelt,

---

keit", d. h. am Tage, wo sein Leben 25 Jahre gedauert haben wird. L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 §. 2. 3 D. de leg. I° 30.

[4] Es ist z. B. für jeden Menschen sicher, daß er sterben, aber nicht, daß er sich verheirathen, ein Amt erlangen, ein gewisses Lebensalter erreichen wird. Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem dies incertus (vgl. jedoch auch Note 7). Ein neuerer Sprachgebrauch bezeichnet die nach Note 2 und 3 verschiedenen Fälle des dies incertus als: dies incertus an, incertus quando und: dies incertus an, certus quando. Derselbe Sprachgebrauch nennt aber auch den durch ein gewiß eintretendes Ereigniß bezeichneten Zeitpunkt dies incertus, — dies incertus quando, certus an. Es liegt in diesen Bezeichnungen keine Förderung des Verständnisses. Vgl. Savigny III S. 207. 208.

[5] L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 16 §. 1 l. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 16 D. de V. O. 45. 1. Umgekehrt wird auch die Bedingung als dies incertus bezeichnet, l. 30 §. 4 D. de leg. I° 30. — Man hat sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß gesagt werde, der dies incertus *sei* eine Bedingung; man müsse sagen, der dies incertus *enthalte* eine Bedingung; durch den ersteren Ausdruck werde die doch auch vorhandene Befristung geleugnet. Aber daß die Bedingung eine Befristung in sich schließe, versteht sich für die aufschiebende im Zweifel von selbst, und ist in diesem Falle selbst für die auflösende außer Zweifel (§. 91). Vgl. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 21 pr. eod. (Arndts §. 73 Note 4), l. 49 §. 2 D. de leg. I° 30.

[6] In dieser Beziehung erweist sich namentlich der Begriff des dies incertus an, certus quando als fruchtbar. Wenn die gewollte rechtliche Wirkung an die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes angeknüpft wird, so kann das möglicherweise auch so auszulegen sein: die rechtliche Wirkung solle existent werden zu der Zeit, wo die bezeichnete Dauer vollendet sei, oder vollendet sein würde, wenn der fragliche Zustand bis dahin gewährt hätte; dann ist Befristung vorhanden, und keine Bedingung. L. 46 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53, l. 26 §. 1 D. eod. 36. 2, l. 18 §. 2 D. de alim. 34. 1. Es ist dieß jedoch nicht der einzige hierher gehörige Fall. Vgl. Wächter S. 731 Mühlenbruch in der Forts. von Glück XLI S. 60 fg., Maassen civil. Erörterungen S. 28 fg., Unger §. 83 Anm. 13. 15.

wenn es ungewiß ist, ob die bedachte Person dieses Ereigniß erleben wird[7].

Die Rechtsgeschäfte, bei welchen keine Bedingung zulässig ist (§. 95), vertragen auch keine Befristung[8].

c. Voraussetzung*.[1]

§. 97.

Die Voraussetzung[2] ist eine unentwickelte Bedingung. Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls,

---

[7] L. 75 D. de cond. 35. 1. „Dies incertus condicionem in testamento facit" (vgl. Savigny III §. 126. c). L. 79 §. 1 D. eod. *Heres meus cum ipse morietur centum Titio dato.* Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum". L. 4 D. quando dies 36. 2. „Si *cum heres morietur* legetur, condicionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero *cum ipse legatarius morietur* legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti". L. 13 i f. eod., l. 1 §. 2 D. de cond. 35. 1, l. 12 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 104 §. 6 D. de leg. I° 30. Die Quellen sprechen auch in diesem Falle von einem dies incertus. Vgl. Unger §. 83 Anm. 14. österr. Erbrecht §. 17 Anm. 2. Auf die Befristung cum morietur heres will das Gesagte beschränken Brinz S. 950. 951. Ein Fall, in welchem nach Lage der Umstände dafür entschieden wurde, daß der Erblasser keine Bedingung gewollt habe, bei Seuff. Arch. I. 268.

[8] L. 77 D. de R. I. 50. 17.

* Windscheid die Lehre von der Voraussetzung (1850).

[1] Die herrschende Meinung stellt als Drittes neben Bedingung und Befristung nicht die Voraussetzung, sondern, unter der Bezeichnung Modus (vgl. die folgende Note), die auf eine Schenkung oder letztwillige Zuwendung gelegte Auflage; eine Selbstbeschränkung des Willens sei in derselben insofern enthalten, als durch sie der Werth der ursprünglichen Gabe gemindert werde (vgl. z. B. Savigny III S. 230, Arndts §. 74, Unger §. 84 Note 4). Man beachtet dabei nicht, daß der Gesichtspunkt, welchen man in dieser Weise neben juristische stellt, kein juristischer, sondern ein ökonomischer ist. Freilich kann dieser Gesichtspunkt auch wieder juristische Bedeutung gewinnen, z. B. da, wo die Gültigkeit einer Zuwendung von ihrem Vermögenswerthe abhängt, und hierauf legt denn auch Böcking Pand. §. 115 alles Gewicht. Aber es leuchtet nicht ein, warum aus diesem Grunde von der möglichen Minderung des Werthes einer Gabe in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen, und überhaupt an einem andern Orte gehandelt werden solle, als da, wo die

wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er macht nicht das Dasein

---

betreffenden Rechtssätze vorzutragen sind. Wenn in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen nach den möglichen Selbstbeschränkungen derselben gefragt wird, so dürfen nur solche genannt werden, durch welche die durch die Willenserklärung zu erzeugende rechtliche Wirkung afficirt wird. Eine Selbstbeschränkung dieser Art liegt nun allerdings auch in dem Modus, insofern nämlich die gesetzte rechtliche Wirkung durch ihn zu einer für den Fall seiner Nichterfüllung rücknehmbaren gemacht wird; aber der Grund, weßwegen der Modus in dieser Weise wirkt, ist ein Grund, welcher ganz in gleicher Weise noch in vielen andern Fällen sich geltend macht, der nämlich, daß bei Nichterfüllung des Modus die gesetzte rechtliche Wirkung nicht dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht. Wenn man dieß nicht leugnen kann, und zum Theil erkennt man es ausdrücklich an (vgl. z. B. Erxleben die cond. sine causa 2. Abth. Vorrede S. VI, Arndts §. 74, H. Witte die Bereicherungsklagen S. 65. 66), so ist nicht abzusehen, warum man dagegen Einspruch erheben will, daß auch im Allgemeinen von denjenigen Zusätzen zu einer Willenserklärung gehandelt werde, durch welche die gewollte rechtliche Wirkung in die Lage kommen kann, dem eigentlichen Willen des Erklärenden nicht zu entsprechen. Man kann es tadeln, daß Zusätze dieser Art Voraussetzungen genannt werden; es steht frei, eine bessere Bezeichnung vorzuschlagen. Man kann auch darüber verschiedener Meinung sein, in welchem Umfange dieser Gesichtspunkt zur Geltung gelangt sei; ihn ganz zu verwerfen, scheint mir keinen Sinn zu haben, wenn man nicht auch die Consequenzen desselben verwerfen will. — Für die hier vertretene Auffassung haben sich ausgesprochen: Rudorff zu Puchta §. 63 6. Aufl. u. ff., Bähr die Anerkennung S. 15. 62, und neuerdings Unger österr. Erbrecht §. 18 Anm. 1; vgl. auch Bechmann röm. Dotalrecht S. 31. Seuff. Arch. VI. 22, XVI. 6. 103, XVII. 59 (XVIII. 224 wird die Entscheidung irrthümlich, statt auf die ermangelnde Voraussetzung, auf einen wesentlichen Irrthum gegründet). Dagegen hat sich gegen die Kategorie der Voraussetzung neuerdings wieder ausgesprochen Voigt die condictiones ob causam S. 515—523; s. darüber II §. 423 Note 8.

[2] Für das, was hier Voraussetzung genannt wird, fehlt es in den Quellen an einer feststehenden technischen Bezeichnung. Gebraucht werden die Ausdrücke condicio (vgl. z. B. l. 2 §. 7 l. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 §. 7 D. de cond. inst. 28. 7, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45), causa (z. B. l. 75 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 23 pr. §. 3. 4. D. de cond. ind. 12. 6), modus. Dieser letztere Ausdruck wird speciell gebraucht zur Bezeichnung der auf eine Zuwendung gelegten Auflage, ohne daß jedoch dadurch gerade auf die Voraussetzungsnatur der Auflage hingewiesen würde, l. 17 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 3 §. 6 D. de leg. praest. 37. 5. l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45, rubb.

der Wirkung von diesem Zustande der Verhältnisse abhängig. Die Folge davon ist, daß die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht das nicht, und deßwegen ist das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obgleich formal gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. In Folge davon kann der durch die Willenserklärung Beeinträchtigte[3] sich sowohl durch Einrede gegen die aus derselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen den, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist, erheben[4].[5]

Der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist, kann, wie bei der Bedingung, ein thatsächlicher oder ein rechtlicher, ein positiver oder ein negativer, ein vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger sein; eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung wird durch diese Gegensätze nicht bedingt. Die Voraussetzung kann ferner entweder auf ein momentanes Ereigniß, oder auf ein bleibendes Verhältniß gehen; dieser Gegensatz ist insofern von Bedeutung, als eine Voraussetzung der letzteren Art nicht

---

titt. Dig. 35. 1, Cod. 6. 45. 8. 55. Windscheid a. a. O. §. 4 S. auch II §. 423 Note 8.

[3] Der Beeinträchtigte ist bei Willenserklärungen unter Lebenden der Urheber der Willenserklärung, bei Willenserklärungen auf Todesfall derjenige, welchem durch die Willenserklärung etwas genommen wird, was er sonst bekommen haben würde. Windscheid S. 68. 69.

[4] Die römische Form der Einrede ist exceptio doli oder in factum concepta, die des Anspruchs condictio (sine causa), oder auch, wo die Voraussetzung sich bei einem contractus bonae fidei geltend gemacht, die betreffende actio bonae fidei. L. 2 §. 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 17 §. 5 D. comm. 13. 6, l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1. Windscheid §. 5. 6, und unten II §. 423—429.

[5] Ist das Rechtsgeschäft bei ermangelnder Voraussetzung ungültig oder unwirksam im weiteren Sinne? Einerseits wird hier die Unwirksamkeit zur Geltung gebracht kraft des wahren Willens des Erklärenden, auf der andern Seite aber im Widerspruch mit seinem zur Zeit der Willenserklärung wirklichen Willen. So geht hier der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne in den der Ungültigkeit über (§. 82 Note 1 a. E.)

bloß durch Nichtsein, sondern auch durch Wiederaufhören des betreffenden Verhältnisses ermangeln kann[6].

§. 98.

Die Voraussetzung kann durch einen ausdrücklichen bei der Willenserklärung gemachten Zusatz erklärt werden; sie kann aber auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich von selbst als gewollt ergeben. Hierher gehört namentlich Folgendes.

1) Jede Willenserklärung hat eine erste Absicht; hinter dieser Absicht können möglicherweise andere Absichten stehen, welche durch das zunächst zu Erreichende ferner erreicht werden sollen, möglicherweise auch nicht, eine erste Absicht hat jede Willenserklärung. Durch die Bezeichnung dieser ersten Absicht nun wird mit Nothwendigkeit auch eine Voraussetzung der Willenserklärung bezeichnet; daß für den Fall ihrer Vereitelung die gewollte rechtliche Wirkung dem wahren Willen des Urhebers der Willenserklärung nicht entspreche, ist ebenso sicher, als daß ohne alle Absicht Niemand eine Willenserklärung abgibt[1].

---

[6] Vgl. l. 1 §. 2. 3 l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7. Ein Versuch einer vollständigen Uebersicht der Fälle, in welchen in unseren Quellen eine Voraussetzung anerkannt ist, bei Windscheid §. 2. 3.

§. 98. [1] Man darf nicht die erste Absicht einer Willenserklärung mit ihrem ersten Inhalt verwechseln (wie Witte Bereicherungsklagen S. 66 thut). Die Willenserklärung muß zuerst überhaupt einen Inhalt haben, ehe von einer Absicht derselben geredet werden kann. — Unter den möglichen ersten Absichten, welche der Hervorrufung einer rechtlichen Wirkung zu Grunde liegen können, befindet sich eine, welche nicht erreicht sein kann, sobald nur die gewollte rechtliche Wirkung eingetreten ist; dieß ist die Schenkungsabsicht. Bei ihr kann also von Einrede und Rückforderung wegen ermangelnder Voraussetzung nicht die Rede sein; die Voraussetzung kann nicht ermangeln. Anders bei den übrigen möglichen ersten Absichten. Eine vollständige Aufzählung derselben darf die Theorie nicht unternehmen wollen; eine Uebersicht der in unseren Quellen vorkommenden s. bei Windscheid S. 85—102 (vgl. damit Bähr Anerkennung §. 10, Witte Bereicherungsklagen S. 58—62). — Im Einzelnen bemerke man: Absicht, eine Verbindlichkeit zu erfüllen (l. 1 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 26 §. 13 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58 pr. D. de sol. 46. 3 u. a. m., Windscheid Nr. 10—12); Absicht, eine Verbindlichkeit zu erzeugen (bei Windscheid übergangen, s. z. B. l. 32 D. de R. C. 12. 1); Absicht, den Empfänger zu einer Gegenleistung zu bewegen (l. 1 pr. l. 3 pr.

2) Wenn bei einer Zuwendung dem Empfänger eine Auflage gemacht wird[2], so bildet die Erfüllung dieser Auflage die Voraussetzung der Zuwendung. Da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in untrennbare Verbindung gebracht ist, so entspricht es seinem wahren Willen nicht, daß ohne ihre Erfüllung die Zuwendung bestehe[3]. —

Aber nicht bloß aus dem übrigen Inhalt der Willenserklä-

— §. 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 19, aber auch Nr. 102); Absicht, der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung nachzukommen (l. 1 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 22); Absicht, daß das Geleistete bei dem Empfänger eine gewisse Function erfülle, z. B. Arrha oder Dos sei, oder in gewisser Weise verwendet werde (l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 §. 3 l. 8 D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 40 §. 5 l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1 u. a. m., Windscheid Nr. 14. 20. 66. 79); Absicht, dem Empfänger die Geltendmachung einer Befugniß zu sichern oder zu erleichtern, l. 2 §. 3 D. de dol. m. exc. 44. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 13). Eine früher herrschende, noch immer sehr verbreitete, Ansicht glaubte alle ersten Absichten der Willenserklärungen auf eine Dreitheilung: animus donandi, solvendi, credendi oder obligandi zurückführen zu können. Dagegen Windscheid a. a. O. S. 89, Erxleben condictiones sine causa I S. 33, Witte Bereicherungsklagen S. 57; vgl. auf der anderen Seite Schlesinger Formalcontracte S. 5—7. — Beispiele von Absichten, welche nicht erste Absichten sind, in l. 3 §. 7 i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 25. 34 C. de transact. 2. 4. Windscheid Nr. 62, aber auch Nr. 69. — An die Stelle der hier benutzten Kategorie der ersten Absicht will Witte Bereicherungsklagen S. 55 fg. eine andere setzen. Es könne dann zurückgefordert werden, wenn die Leistung bei dem Empfänger nicht den beabsichtigten „Charakter" habe. Es ist dieß Vertauschung eines bestimmten Begriffs mit einer unbestimmten Vorstellung.

[2] Es wird hier angenommen, daß die Erfüllung der Auflage nicht die erste Absicht der Willenserklärung bilde. Windscheid Nr. 66. 68. 79.

[3] L. 8 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 1. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45 u. a. m. Windscheid Nr. 68. 79. — Es muß sicher sein, daß der Zuwendende auch wirklich eine Auflage habe machen, nicht bloß einen Rath habe ertheilen wollen (l. 2 §. 7 D. de don. 39. 5, l. 13 §. 2 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 71 pr. D. de cond. 35. 1, l. 114 §. 14 D. de leg. I° 30, l. 38 §. 4 l. 93 pr. D. de leg. III° 32), und ferner, daß die Auflage auch wirklich eine Auflage auf die Zuwendung sei (l. 28 §. 1 l. 32—36 pr. D. de excus. 27. 1). Windscheid Nr. 69. 79. Von der anderen Seite braucht die Auflage nicht ausdrücklich gemacht zu sein, l. 28 D. de don. 39. 5 (wo der Schluß von der actio praescriptis verbis auf die condictio ein sicherer ist).

rung, sondern auch aus den dieselbe begleitenden Umständen kann sich eine Voraussetzung, ohne daß sie ausdrücklich ausgesprochen ist, als gewollt ergeben. In dieser Beziehung dürfen jedoch Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall nicht auf gleiche Linie gestellt werden[4]. Bei Willenserklärungen unter Lebenden muß die Voraussetzung aus den begleitenden Umständen nicht bloß überhaupt erkannt werden können, sondern auch von demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, haben erkannt werden können[5]. Dagegen genügt bei Willenserklärungen auf Todesfall, daß jetzt, wo die Willenserklärung der rechtlichen Beurtheilung unterzogen wird, aus den begleitenden Umständen die Ueberzeugung gewonnen werden könne, daß der Erblasser eigentlich nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Zustandes der Dinge gewollt habe. Mit anderen Worten: für Willenserklärungen auf Todesfall ist der Satz aufzustellen, daß sie als unwirksam angefochten werden können, sobald nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser, wenn er den wirklichen Zustand der Dinge zur Zeit seiner Verfügung, oder die Gestaltung derselben, wie sie seitdem eingetreten ist, gekannt hätte, die Verfügung nicht gemacht haben würde[6].

---

[4] Ueber die Gründe, warum dieß nicht zulässig ist, s. Windscheid Nr. 57.

[5] Speciell gegen die s. g. clausula rebus sic stantibus: Seuff. Arch. VI. 137, VIII, 253. — Daß aber, wenn das im Text bezeichnete Erforderniß erfüllt ist, auch bei Willenserklärungen unter Lebenden ein irgendwelches Hervortreten der Voraussetzung in der Willenserklärung selbst nicht erforderlich ist, dafür u. a. l. 32 §. 27 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 43 §. 1 D. de adm. et per. 26. 7. Windscheid Nr. 71—77. Seuff. Arch. III. 323. Hierher gehört auch die Willenserklärung auf Grund eines Rechnungsfehlers. Seuff. Arch. X. 147, XIII. 87, XVII. 22, vgl. auch XV. 12.

[6] Das läßt sich auch so ausdrücken: bei Willenserklärungen auf Todesfall ist der Irrthum im Beweggrunde Unwirksamkeitsgrund (§. 78). Freilich ist dazu erforderlich, daß der Irrthum wirklicher Bestimmungsgrund, nicht bloß Veranlassung gewesen sei (§. 31 I. de leg. 2. 20, l. 17 §. 2 D. de cond. 35. 1); aber ist es sicher, daß ohne den Irrthum in der That die Verfügung nicht getroffen worden sein würde, so ist sie hinfällig. Die Hauptstelle ist l. 72 §. 6 D. de cond. 35. 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio

§. 99.

Ist die Voraussetzung gerichtet auf eine Handlung desjenigen, zu dessen Gunsten die Willenserklärung abgegeben worden ist, so kann demselben zugleich eine Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung auferlegt sein. Man darf nicht sagen, daß das Eine mit dem Anderen unverträglich sei, daß die Verpflichtung die Voraussetzung ausschließe. Möglich ist es allerdings, daß in der Auferlegung der Verpflichtung von der Voraussetzung Abstand genommen sei, aber nöthig ist dieß nicht; um es annehmen zu können, ist ein besonderer Grund erforderlich[1]. Nur das kann gefragt werden, ob nicht wenigstens davon ausgegangen werden müsse, daß die Erfüllung der Verpflichtung zunächst und vorzugsweise gewollt sei. Dieser Gesichtspunkt findet sich auch wirklich durchgeführt bei Willenserklärungen auf Todesfall[2], während bei

---

locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse". Vgl. Windscheid S. 139. 140, Unger österr. Erbrecht §. 13 Anm. 3. Anwendungen in l. 5 C. de test. 6. 23, l. 4. 7 C. de her. inst. 6. 24, l. 10 C. de leg. 6. 37, l. 28 D. de inoff. test. 5. 2, l. 92 D. de her. inst. 28. 5 u. a. m. Windscheid Nr. 26—28. 58. 81—83, Vangerow II §. 431 Anm. 2, Weil Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 3, Unger österr. Erbrecht §. 13 Anm. 2. Nicht so weit wollen gehen Savigny III S. 377 fg., Sintenis III §. 171 Note 60.

[1] Einen solchen besonderen Grund sehen l. 4. 7 C. de rer. perm. 4. 64 §. 99. in dem Abschluß einer Stipulation über die auferlegte Verpflichtung, indem sie davon ausgehen, daß die Stipulation novandi animo abgeschlossen worden sei, was doch nicht nothwendig ist (l. 71 pr. D. pro socio 17. 2). Daß durch die actio praescriptis verbis die Rückforderung wegen ermangelnder Voraussetzung nicht ausgeschlossen werde, ist in zahlreichen Stellen der Quellen anerkannt, s. u. a. l. 5 §. 1. 2 D. de praescr. verb. 19. 5 (übrigens auch II §. 413 Note 11. c). Windscheid Nr. 100. 101; im Allgemeinen übereinstimmend Erxleben cond. sine causa II S. 349 fg. 479 fg.; abweichend Schlesinger Formalcontracte S. 199. Darüber besteht kein Zweifel, daß alle Rückforderung wegen nicht erfolgender Handlung des Empfängers wegfalle, sobald ein zweiseitiger Contract vorliegt; denn dann ist gar nicht um der Handlung des Empfängers, sondern um der eigenen Verpflichtung willen geleistet worden. Windscheid Nr. 102, Erxleben a. a. O. II S. 471 fg. Vgl. II §. 321 Nr. 2.

[2] Daher geht namentlich, wenn die Erfüllung eines Vermächtnisses verweigert wird, der Vermächtnißnehmer dem durch das Vermächtniß Beschränkten (welcher die Ermangelung der in dem Vermächtniß liegenden Voraussetzung geltend zu machen befugt wäre) vor. Bei testamentarischen Auflagen, die keine

Willenserklärungen unter Lebenden, wenn die Auflage zum Besten des Urhebers der Willenserklärung selbst hinzugefügt ist, es ihm, wie seinen Erben, überlassen bleibt, ob sie die Verpflichtung geltend machen wollen oder die Voraussetzung[3]; nur da, wo die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht ist, geht auch hier dieser Dritte in der Geltendmachung der Verpflichtung dem Urheber der Willenserklärung und seinen Erben in der Geltendmachung der Voraussetzung vor[4].

§. 100.

Unerlaubte Voraussetzungen werden bei letztwilligen Verfügungen behandelt, wie unerlaubte Bedingungen, d. h. wenn die Verfügung eine Liberalität enthält, werden sie als nicht hinzugefügt angesehen, sonst machen sie die Verfügung ungültig[1]. Bei

---

Vermächtnisse sind, z. B. dem Erblasser ein Grabdenkmal zu errichten, wird in verschiedener Weise geholfen. Ist die Zuwendung, auf welche die Auflage gelegt ist, ein Vermächtniß, so braucht das Vermachte dem Bedachten nicht eher verabfolgt zu werden, bis er Sicherheit für die Erfüllung der Auflage geleistet hat (l. 19 D. de leg. III° 32, l. 80 D. de cond. 35. 1, l. 40 §. 5 l. 71 eod., l. 7. 48 D. de fideic. lib. 40. 5). Ist die Auflage einem Erben gemacht, so kann auf Erfüllung der Auflage (oder Sicherheit dafür) bei der Erbtheilung gedrungen werden (l. 18 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 7 D. de annuis 33. 1); aus bewegenden Gründen schreitet sogar das Gericht mit außerordentlichem Zwange ein (l. 7 cit., l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3), und so auch bei Vermächtnissen, wenn sie ohne jene Sicherheitsleistung erlangt worden sind (l. 92 D. de cond. 35. 1). In letzter Linie wird aber auch bei letztwilligen Verfügungen die Voraussetzungsnatur der gemachten Auflage herausgekehrt, und bei Nichterfüllung derselben dem Bedachten das ihm Zugewendete zu Gunsten des durch ihn Beschränkten genommen (l. 17 D. de usu 33. 2, l. 24 §. 16 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 1 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 §. 6 D. de cond. inst. 28. 7). Windscheid Nr. 104. 106, Erxleben cond. sine causa II S. 270—289 (welcher aber [S. 285 Note 70] die Anwendbarkeit des Gesichtspunktes der Voraussetzung auf die Erbeseinsetzung leugnet).

[3] Der Empfänger der Leistung kann nicht etwa verlangen, daß diese Personen, bevor sie die Voraussetzung geltend machen, die ihnen zu Gebote stehenden Zwangsmaßregeln, um die Erfüllung der Verpflichtung zu erwirken, gegen ihn anwenden. Jedenfalls in seinem Interesse ist es nicht, daß vorzugsweise die Erfüllung der Auflage gewollt ist.

[4] Natürlich muß er aber ein klagbares und unwiderrufliches Forderungsrecht erworben haben. Das nähere gehört nicht hierher. Vgl. Windscheid Nr. 105, Erxleben a. a, O. S. 296—310, und unter II §. 316 Note 5.15—16.

§. 100 [1] L. 37. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1 (l. 44 D. de manum. test. 40. 4),

Willenserklärungen unter Lebenden ist ihre Behandlung diese: trifft der Vorwurf den Empfänger, so kann der Geber die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung geltend machen trotz der Erfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf den Geber, so kann er die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung nicht geltend machen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf beide Parteien, so kann sich auf das Geschäft keine von beiden berufen, weder der Empfänger auf die Willenserklärung, noch der Geber auf die Ermangelung der Voraussetzung, und es wird daher der bestehende factische Zustand aufrecht erhalten[2].

Unmögliche (von Anfang an unmögliche) Voraussetzungen machen Willenserklärungen unter Lebenden von vorne herein unwirksam[3], mit Ausnahme jedoch der Schenkungen, bei denen sie, wie bei Willenserklärungen auf Todesfall, wenn nicht diese ausnahmsweise keine Liberalität enthalten, für nicht geschrieben zu erachten sind[4].

Ist die Erfüllung der Voraussetzung nicht von Anfang an unmöglich, sondern wird sie erst hinterher unmöglich, so ist die Regel die, daß, in gleicher Weise bei Willenserklärungen auf Todesfall wie bei Willenserklärungen unter Lebenden, Unwirksamkeit der Willenserklärung eintritt. Es machen sich aber bedeutende Modificationen dieser Regel in dem Falle geltend, wo der Empfänger der Leistung an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist. In diesem Falle wird: 1) bei Willenserklärungen auf Todesfall von der wirklichen Erfüllung der Voraussetzung abgesehen, sobald der Empfänger das Seinige zu ihrer Erfüllung gethan

---

l. 7 i. f. D. de annuis 33. 1. Jedoch kann es auch sein, daß eine Conversion der Auflage als das dem Sinne des Erblassers am Meisten Entsprechende erachtet werden muß, l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 4 D. de adm. rerum. 50. 8. Windscheid Nr. 108.

[2] L. 1—4 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 4—6 C. eod. 4. 7. Vgl. II §. 428 Abs. 2. 3.

[3] L. 3 §. 5 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 59 §. 2 D. de I. D. 23. 3, l. 1. 5. 6 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Erxleben a. a. O. S. 452 fg.

[4] Für Willenserklärungen auf Todesfall ist entscheidend die Analogie der Bedingungen und der unerlaubten Voraussetzungen, vgl. auch l. 6 pr. D. de cond. 35. 1. Was Schenkungen angeht, s. l. 8 C. de cond. ob c. dat 4. 6, Windscheid Nr. 111. A. M. Erxleben a. a. O. S. 461—463.

hat[5]; 2) geht die Voraussetzung geradezu auf eine Handlung des Empfängers, so gilt bei allen Willenserklärungen, ohne Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und auf Todesfall, die bloße schuldlose Unmöglichkeit der Erfüllung gleich[6]. Jedoch wird dieser letztere Satz nicht unbedingt durchgeführt, nämlich da nicht, wo Jemandem etwas zur Verwendung in eigenem Interesse gegeben worden ist, oder auch zur Verwendung in fremdem Interesse, ohne daß die Absicht vorlag, ihm eine Liberalität zu erweisen[7].

III. Unerlaubtes Verhalten*.

§. 101.

Unerlaubt ist ein Verhalten entweder bloß deßwegen, weil dadurch ein fremdes Recht verletzt wird, oder es ist an sich un-

---

[5] L. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1 (*vv.* quod si nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intellegetur). L. 6 pr. eod., l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. Vgl. §. 92.

[6] Diese, dem Wesen der Voraussetzung nicht entsprechende, Behandlung hat sich unter dem Einflusse der die Voraussetzung begleitenden Verpflichtung ausgebildet. Doch wird für Willenserklärungen unter Lebenden die entgegengesetzte noch vorgetragen in l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (Celsus). S. dagegen l. 5 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5 (Paulus) und vor Allem die allgemein redende l. 10 C. de cond. ob c. dat. 4. 6 (Diocletian u. Maximian). Vgl. ferner l. 8. 11 C. eod., l. 1 §. 13 D. de extraord. cogn. 50. 13, l. 3 §. 3 l. 5 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Windscheid Nr. 110. 111. 113, Vangerow III S. 233 fg. und die dort Citirten. A. M. Erxleben a. a. O. S. 386—444, welcher die Regel der l. 10 C. cit. nur da angewendet wissen will, wo die Leistung unter der Voraussetzung einer Handlung des Empfängers in einen tauschartigen Contract übergehe. S. auch Brinz S. 408. Was letztwillige Verfügungen angeht, s. l. 8 §. 7 (vgl. §. 6) D. de cond. inst. 28. 7, l. 17 pr. D. de leg. II° 31, l. 8 D. de alim. 34. 1, l. 51 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5. A. M. auch hier Erxleben a. a. O. S. 444—452, welcher als Regel nur zugeben will, daß die Voraussetzung als erfüllt anzusehen sei, wenn ihre Erfüllung an der verweigerten Mitwirkung einer dritten Person scheitere.

[7] L. 2 §. 7 D. de don. 39. 5, l. 20 §. 1 D. de bon. lib. 38. 2, l. 7 l. 24 §. 12. 16 D. de fideic. lib. 40. 5. Windscheid Nr. 112. 113. Anders stellt die Ausnahmen Witte Bereicherungsklagen §. 14. 17.

* Wächter II §. 109—114, Unger II §. 100—102. Vgl. auch Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 162—211.

erlaubt, nicht bloß deßwegen, weil dadurch ein fremdes Recht verletzt wird, oder trotz dem, daß dadurch ein fremdes Recht nicht verletzt wird[1]. Ein an sich unerlaubtes Verhalten ist ein Vergehen (Delict). — Von den Folgen der Verletzung eines fremden Rechts wird in dem folgenden Kapitel (§. 122 fg.) besonders gehandelt werden. Die (privatrechtliche) Wirkung der Vergehen besteht entweder in der Erzeugung eines obligatorischen Anspruchs auf Strafe oder Ersatz — davon ist näher im Obligationenrechte zu handeln (vgl. aber auch diesen §. a. E.), — oder in dem Verluste eines Rechts für den Vergeher (Verwirkung) — das Nähere hierüber wird bei den einzelnen Rechten, bei welchen sich diese Wirkung geltend macht, angegeben werden[2]. An diesen Ort gehören aber folgende allgemeine Bemerkungen in Betreff des unerlaubten Verhaltens überhaupt.

Unerlaubt kann nicht bloß ein Thun, sondern auch ein Unterlassen sein[3].

Unerlaubt ist ein Verhalten entweder schon durch seinen Erfolg an sich[4], oder es muß zu der Rechtswidrigkeit des Erfolgs hinzukommen, daß dem Urheber aus seinem Verhalten ein Vor-

---

[1] Der Diebstahl z. B. verletzt das Eigenthumsrecht des Bestohlenen, aber er ist nicht bloß deßwegen unerlaubt, weil er dasselbe verletzt, sondern weil der Dieb sich in bewußten Widerspruch mit der Rechtsordnung setzt. Der Betrug verletzt gar kein Recht; er ist unerlaubt als bewußte Schadenszufügung. Vgl. Unger §. 109, und über die Bemühungen der neueren Strafrechtswissenschaft um Gewinnung einer begriffsmäßigen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten des Unrechts Walther krit. VJSchr. II S. 332 fg. Die Unterscheidung zwischen Civil- und Criminal- (bez. polizeilichem) Unrecht will ganz beseitigen, als nicht auf sicherer Basis beruhend, Neuner a. a. O. S. 206—211. [Merkel kriminalistische Abhandlungen Nr. I. 1867. Hülschner die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen, akad. Programm 1869. Walther krit. VJSchr. XI S. 289 fg.] §. 101.

[2] Beispiele. Wer seinem Miteigenthümer die auf die Reparatur des gemeinschaftlichen Hauses verwendeten Kosten nicht binnen gewisser Frist ersetzt, verliert an denselben sein Miteigenthum. Wer seine Forderung an den Vormund seines Mündels cedirt, verliert seine Forderung.

[3] Unerlaubt ist z. B. die Nichtbefriedigung des Gläubigers durch den Schuldner.

[4] So z. B. die Inbesitznahme einer fremden Sache, die Nichtbefriedigung des Gläubigers.

wurf gemacht werden kann, daß ihn eine Schuld trifft[5]. Als Schuld wird aber bald nur gerechnet das positive Wollen des rechtswidrigen Erfolges, die Arglist[6], bald auch der Mangel der gehörigen Sorgfalt, durch welche der rechtswidrige Erfolg hätte vermieden werden können, die Nachlässigkeit[7]. Der Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob ein Benehmen den Vorwurf der Nachlässigkeit verdient oder nicht, ist der eines ordentlichen Mannes; als Nachlässigkeit wird jedes Benehmen angesehen, welches ein solcher Mann sich nicht zu Schulden kommen läßt[8]. Jedoch

[5] Culpa. Das Hauptwerk über diesen Gegenstand ist: J. Chr. Hasse die Culpa des römischen Rechts (1815), 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg 1838). Vgl. außerdem: v. Löhr Theorie der Culpa (1806). Beiträge zur Lehre von der Culpa (1808), Magazin für RW. u. Gesetzg. IV. 25 (1844). Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 345 fg. (1855). Keine Beachtung verdient F. W. Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1. Band. Zur Lehre von der Culpa (1858); vgl. krit. Ueberschau VI S. 254—257 [aber auch A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 64 fg.] — Die Lehre von der Schuld ist keineswegs eine bloß obligatorische, obgleich sie bei Obligationen eine besondere Ausbildung erfahren hat (s. II §. 265); für dingliche Ansprüche hat der Begriff der Schuld ganz dieselbe Bedeutung, wie für obligatorische.

[6] Dolus. Auf das Motiv des Wollens kommt es nicht an, nur scheuen die Römer da, wo dieses Motiv kein geradezu unsittliches ist, den Ausdruck dolus. L. 7 pr. D. dep. 16. 3, l. 8 §. 10 D. mand. 17. 1, l. 7 §. 7 D. de dolo 4. 3. Hasse S. 75—79, Mommsen S. 348 Note 1.

[7] Neglegentia, desidia etc. Die eigentliche technische Bezeichnung dieses Begriffs im römischen Recht ist jedoch die allgemeine: culpa, so daß dieser Ausdruck dadurch eine specielle Bedeutung gewinnt, in welcher er dem dolus entgegengesetzt wird. Dieß ist der regelmäßige Sprachgebrauch. Stellen, in denen culpa Schuld im Allgemeinen bedeutet, sind z. B. l. 5 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. dep. 16. 5, l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 38 D. sol. matr. 24. 3. — In der Nachlässigkeit liegt ein Mangel an der gehörigen Geistesspannung. Dieß drückt das deutsche Wort gut aus.

[8] L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 13 §. 11. 14 D. de pign. act. 13. 7: — „venit . . et culpa, . . ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". L. 11 D. de per. et comm. 18. 6 (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 281. VIII S. 101. IX S. 278 fg., Arndts §. 86 Anm. 1): — „quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit". L. 137 §. 2. 3 D. de V. O. 45. 1. Die Ansicht, daß unter

kommt es bei obligatorischen Verhältnissen ausnahmsweise vor, daß nur diejenige Nachlässigkeit angerechnet wird, welche die betreffende Person in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[9]. Eine Nachlässigkeit, bei welcher zwischen eigenen und fremden Angelegenheiten unterschieden wird, hat aber noch eine andere Seite; sie schlägt in die Arglist über, und muß sich daher gefallen lassen, als Arglist rechtlich behandelt zu werden[9a]. Gleiches gilt von der Nachlässigkeit, welche über alle Grenzen geht[10]. — Mangel des Bewußtseins von der Widerrechtlichkeit des Erfolgs schließt die Arglist aus[10a]; nur kann sich Niemand auf

---

Umständen auch für eine noch geringere Nachlässigkeit (s. g. culpa levissima) eingestanden werden müsse, ist jetzt vollständig beseitigt. Vgl. Hasse §. 24—26 und S. 414, Vangerow I §. 107 Anm., Unger II S. 237—240. Zweifelnd jedoch wieder Brinz S. 594.

[9] L. 72 D. pro socio 17. 2. „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet". Das Nähere im Obligationenrecht (II §. 265 Nr. 5).

[9a] L. 32 D. dep. 16. 3: — „etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret". L. 22 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1 Vgl. II §. 265 Nr. 3.

[10] Eine solche Nachlässigkeit heißt technisch lata culpa. L. 226 D. de V. S. 50. 16. „Magna neglegentia culpa est, magna culpa dolus est". L. 1 §. 1 D. si mensor 11. 6: — „lata culpa . . . dolo comparabitur". L. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7: — magnam . . . neglegentiam placuit in doli crimine cadere." L. 8 §. 3 D. de prec. 43. 26. L. 32 D. dep. 16. 3. „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur". L. 29 pr. D. mand. 17. 1: — „dissoluta neglegentia . . . prope dolum est". L. 213 §. 2 D. de V. S. 50. 16. „Lata culpa est nimia neglegentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt". L. 223 pr. D. eod. Mommsen 348—359; Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 278—281. Im Gegensatz zur lata culpa heißt diejenige Nachlässigkeit, welche in die Arglist nicht überschlägt, die eigentliche Nachlässigkeit, levis culpa; vgl. II §. 265 Note 8. Daß auch die in Note [9a] bezeichnete culpa in den Quellen culpa lata genannt werde, läßt sich nicht beweisen. Hasse S. 171. 195—209. — Gilt die Gleichstellung der lata culpa und des dolus allgemein, oder nur bei contractlichen Verhältnissen? Für das Letztere Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. Ebenso Seuff. Arch. IX. 144.

[10a] L. 1 §. 47 D. dep. 16. 3, l. 46 §. 7 l. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2.

Unkenntniß der Rechtsvorschrift berufen, welche ein Verhalten für widerrechtlich erklärt (§. 79 Note 4). Wem dagegen als Schuld schon Nachlässigkeit angerechnet wird, der macht sich auch durch nachlässige Unkenntniß der Widerrechtlichkeit des Erfolgs verantwortlich. — Alle Schuld setzt voraus, daß der Geisteszustand der betreffenden Personen es erlaubt, sie für die Folgen des Wollens und Nichtwollens verantwortlich zu machen (Zurechnungsfähigkeit). Die Zurechnungsfähigkeit wird namentlich durch Wahnsinn[11] und jugendliches Alter[12], in gleicher Weise aber auch durch vorübergehende Zustände von Geistesgestörtheit ausgeschlossen[13].

Eine vorzugsweise wichtige rechtliche Folge unerlaubten Verhaltens ist die Verpflichtung zum Ersatz des dadurch verursachten Nachtheils. Bei der Bestimmung dieses Nachtheils kann entweder auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten Rücksicht genommen, oder es kann ein objectiver Maßstab angelegt werden. Dieser Gegensatz wird durch die Ausdrücke: Interesse und wahrer Sachwerth bezeichnet[14].

---

[11] L. 5 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2. „Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum". L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 61 D. de adm. tut. 26. 7. Vangerow III §. 571 Anm. 2.

[12] Die Grenze ist hier keine juristisch bestimmte; es kommt auf die geistige Ausbildung im einzelnen Fall an. Ausgegangen aber wird davon, daß nicht zurechnungsfähig das Kind, zurechnungsfähig der pubertati proximus sei. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 5 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 23 D. de furtis 47. 2, l. 13 §. 1 l. 14 D. de dolo 4. 3, l. 1 §. 15 D. dep. 16. 3 u. a. m. Savigny III S. 41—44. Seuff. Arch. XVIII. 247.

[13] Jedoch kann eine Schuld auch darin begründet sein, daß dieser Zustand nicht vermieden worden ist, so bei der Trunkenheit, c. 7 C. 15 qu. 1.

[14] Id quod interest—verum rei pretium. Auch die Lehre vom Schadensersatz gehört nicht ausschließlich in das Obligationenrecht; auch kraft eines dinglichen Anspruchs kann Schadensersatz gefordert werden. Doch empfiehlt es sich allerdings, die nähere Ausführung dieser Lehre in das Obligationenrecht zu verschieben. S. II §. 257. 258.

IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Untergang und die Veränderung der Rechte*.

A. Im Allgemeinen.

§. 102.

Die Thatbestände (§. 67), an welche sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte anknüpfen, können ein Zeitmoment in sich schließen. Dieß ist noch in verschiedener Weise möglich[1].

1) Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Zeitpunkte oder dem Zeitraum ab, welchem sie angehört[2].

2) Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Maße der Zeit ab, welche nach ihr verflossen ist[3].

3) Der Abfluß der Zeit ist für sich von rechtlicher Bedeutung, indem die Dauer eines gewissen Zustandes auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einwirkt. Unter den hierher gehörigen Fällen ist von besonderer Wichtigkeit der der Verjährung[4].

---

* Savigny IV §. 171—201, Sintenis I §. 26, Wächter II §. 117—121, Unger II §. 103—106.

[1] Vgl. Savigny IV §. 177.

[2] Beispiele: die bonorum possessio muß binnen 100 Tagen bez. 1 Jahre erbeten, eine übertragene Vormundschaft, die man nicht anzunehmen braucht, binnen 50 Tagen abgelehnt, das erbschaftliche Inventar binnen 3 bez. 12 Monaten errichtet, der vertragsmäßig gestattete Rücktritt von einem Rechtsgeschäft binnen der durch den Vertrag festgesetzten Frist erklärt werden, — sonst sind Erbetung, Ablehnung, Inventarerrichtung, Rücktrittserklärung rechtlich gleichgültige Handlungen. Schutz im Besitz einer Wegegerechtigkeit wird gewährt auf Grund 30maliger Ausübung im letzten Jahre; die Thatsache, daß eine beschädigte Sache im letzten Jahre bez. Monate einen gewissen Werth gehabt hat, berechtigt nach der lex Aquilia zur Einforderung dieses Werthes; die Geburt gibt dem Kinde einen Vater, wenn sie nicht früher als 182 Tage nach Eingehung, und nicht später als 10 Monate nach Auflösung der Ehe erfolgt. §. 102.

[3] Beispiele: das unter einer Befristung verliehene Recht entsteht erst mit Ablauf der Frist; das Urtheil wirkt Execution erst nach Ablauf von 30 Tagen, Urtheilszinsen nach Ablauf von 4 Monaten.

[4] Sonstige Beispiele: die Wirkung der Rechtsgeschäfte hängt wesentlich ab von dem Alter des Handelnden (der Thatsache, daß seit seiner Geburt so und so viele Zeit verflossen ist); die exceptio non numeratae pecuniae wird

Von der Verjährung ist im Folgenden näher zu handeln. Vorher aber sind die rechtlichen Grundsätze anzugeben, welche sich auf die Bestimmung und Berechnung der Zeit beziehen.

B. Bestimmung und Berechnung der Zeit.

§. 103.

Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können in doppelter Weise bestimmt werden.

1) Sie können bestimmt werden durch Angabe des Kalenderpunktes, welcher dem Zeitpunkte entspricht bez. mit welchem der Zeitraum abgelaufen ist[1]. Wird dabei, wie es gewöhnlich geschieht, nur der betreffende Kalendertag genannt, nicht aber auch Stunde, Minute 2c. 2c., so ist, wenn es sich um einen Zeitpunkt handelt, zu sagen, daß jeder Punkt dieses Tages der Bestimmung Genüge leiste[2]; handelt es sich um einen Zeitraum, so ist als Sinn der Zeitbestimmung im Zweifel anzunehmen, daß der Zeitraum nicht vor dem letzten Momente des bezeichneten Tages abgelaufen sein solle[3], möglicherweise freilich kann ihr Sinn auch der sein, daß der Zeitraum nur bis an den Anfang des bezeichneten Tages gehen, also mit dem Schluß des vorhergehenden enden solle.

---

verloren durch den Ablauf von 2 Jahren nach Abschluß des Rechtsgeschäfts nach älterem römischen Recht hörte durch den Ablauf der gleichen Zeit die Verpflichtung des sponsor und des fidepromissor auf; in gewissen Fällen zieht eine durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Unthätigkeit den Verlust eines Rechts nach sich, so die fortgesetzte Säumniß in der Errichtung des Canon oder des Mieth- oder Pachtgeldes den Verlust der Emphyteuse, des Mieth- oder Pachtrechts.

§. 103. [1] Z. B. Jemand verspricht zu leisten am 1. Juli 1861; ein Contrahent behält sich vor, daß er bis zum 1. Juli 1862 vom Vertrage zurücktreten könne.

[2] Wer am 1. Juli 1862 zu leisten versprochen hat, erfüllt durch Leistung in jedem Augenblick des 1. Juli seine Verpflichtung. L. 50 D. de O. et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 186 D. de R. I. 50. 17, §. 2 I. de V. O. 3. 15, §. 26 I. de inutil. stip. 3. 19; l. 118 §. 1 D. de V. O. Seuff. Arch. I. 44, IV. 108.

[3] Ist ein Nießbrauch „bis zum 31. December 1862" bestellt, so ist das im Zweifel auszulegen: bis zum 31. December einschließlich. Ebenso wurde bei den Römern die Präposition intra interpretirt. „Intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sunt", l. 1 §. 9 D. de succ. ed. 38. 9. S. auch l. 48 D. de cond. 35. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53.

2) Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können aber auch bestimmt werden durch Angabe der Erstreckung der Zeit, welche von einem gewissen Ausgangspunkte verfließen muß, damit der Zeitpunkt erreicht, der Zeitraum erfüllt sei[4]. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Regeln.

a. Ist die angegebene Zeiterstreckung in Tagen oder Complexen von Tagen (lit. c. d), ausgedrückt, so sind unter Tagen nicht bewegliche, sondern Kalendertage zu verstehen, d. h. nicht Zeiträume von vier und zwanzig Stunden, begrenzt durch den Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit (den Moment der Geburt, des Vertragsschlusses 2c. 2c.) und die entsprechenden Momente der je folgenden Tage (natürliche Berechnung)[5], sondern Zeiträume von Mitternacht zu Mitternacht (juristische Berechnung)[6]. Diese Regel beruht zwar zunächst nur auf die Auslegung des Willens des Bestimmenden; sie hat aber für die im römischen Rechte geordneten und die heutigen processualischen Fristen bindende Kraft erhalten, für jene durch das römische Recht selbst[7], für diese durch

[4] Z. B. Jemand verspricht „in 4 Wochen"; das erbschaftliche Inventar soll binnen drei Monaten nach erlangter Kenntniß von der Delation errichtet werden; Jemand wird großjährig mit Ablauf des 25. Jahres nach seiner Geburt.

[5] Die Mitternacht ist die Grenze der Kalendertage bei uns, wie bei den Römern. Savigny IV S. 326.

[6] Non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus", l. 134 D. de V. S. 50. 16. L. 6 D. de usurp. 41. 3, l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4. Die Römer nennen das: civiliter computare, l. 133 pr. cit. Der Ausdruck naturaliter computare, naturalis computatio kommt in den Quellen nicht vor, ist aber dem Sprachgebrauch derselben vollkommen entsprechend. Vgl. §. 148 Note 12.

[7] Principiell wird diese Regel zwar nirgends ausgesprochen, aber es wird in einer Reihe von Stellen nach derselben verfahren. L. 5 D. qui test. 28 1, l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 6. 7 D. de usurp. 41. 3, l. 134 pr. D. de V. S. 50. 16. Nur in einem einzigen Falle wird ausnahmsweise die natürliche Berechnung zur Anwendung gebracht. L. 3 §. 3 D. de min. 4. 4. „Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut si captus sit restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur". Daß dieß eine Ausnahme sei, wird heutzutage allgemein anerkannt (s. jedoch Holzschuher I §. 43 Nr. 5), während ältere Schriftsteller umgekehrt die natürliche Berechnung als die Regel ansahen, vgl. Glück III S. 750 fg., v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 424.

eine feststehende Praxis[8], — und muß auch was die heutzutage anderweitig, durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privatfestsetzung, bestimmten Fristen angeht, so lange festgehalten werden, als im gegebenen Fall nicht entscheidende Gründe dafür sprechen, daß das Gegentheil gewollt sei[9]. Dabei ergeben sich aber noch folgende Fragen[10]. 1) Welcher Tag ist als der erste zu rechnen, derjenige, in welchen der Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit fällt, oder der folgende? Es ist anzunehmen, daß das römische Recht die von ihm geordneten Fristen in der ersten Art rechnet[11], so daß also der letzte Tag eines einjährigen Zeitraumes, welcher am 1. Januar begonnen hat, der 31. December desselben Jahres ist, und nicht der 1. Januar des folgenden[12]. Für die processualischen Fristen ist das Gegentheil durch

---

[8] Nur die zehntägige Appellationsfrist berechnet die Praxis von dem Momente der Urtheilspublication bis zu dem entsprechenden Moment des 10. Tages. In Nov. 23 c. 1, auf welche Stelle es gestützt wird, findet dieß keine Rechtfertigung.

[9] Die Rechnung von Moment zu Moment setzt voraus, daß der Moment des die Frist in Bewegung setzenden Ereignisses (Geburt, Vertragsschluß ꝛc. ꝛc.) sowohl unzweifelhaft feststehe, als auch mit Sicherheit im Gedächtniß festgehalten werde. Daher ist sie äußerst beschwerlich, und schon deßwegen ist ohne besondere Gründe nicht anzunehmen, daß sie gewollt sei. Vgl. Unger §. 106 Anm. 4a—6.

[10] Dieselben haben eine sehr reichhaltige Literatur. Die ältere s. bei Vangerow I §. 196. Aus der neueren Zeit sind außer Vangerow selbst a. a. O. hauptsächlich zu nennen: Savigny IV §. 182 fg., Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII 2. 11 (1843), Huschke das. N. F. II S. 166 fg. (1846)

[11] S. die folgende Note. Ueber den römischen Sprachgebrauch vgl. Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 47 fg., gegen Savigny IV S. 361. 362 und Beil. XI.

[12] Die Frage ist äußerst streitig, und namentlich hat Savigny IV §. 182 fg. auszuführen gesucht, daß als letzter Tag derjenige anzusehen sei, in welchen der mathematische Endpunkt der Frist fällt, also in dem im Texte genannten Beispiel der 1. Januar des folgenden Jahres. Savigny gelangt jedoch zu diesem Resultat nicht dadurch, daß er den ersten Kalendertag außer Ansatz läßt, sondern dadurch, daß er die Frist in ihrem Laufe gar nicht nach Kalendertagen, sondern nach beweglichen Tagen rechnet, und nur den letzten beweglichen Tag nicht in seinem mathematischen Endpunkt schließen läßt, sondern den Kalendertag, in welchen dieser mathematische Endpunkt fällt, als untheilbares Ganze ansieht. Gegen Savigny und für die im Texte bezeichnete Rechnung haben sich die meisten Neueren erklärt (über l. 8 D. de feriis 2. 12

eine constante Praxis anerkannt[13]. Für die sonst heutzutage festgesetzten Fristen ist es mißlich, eine allgemeine Regel aufzustellen; es muß im einzelnen Falle der Wille des Bestimmenden nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt werden[14]. 2) Welches ist der

---

s. Bachofen a. a. O. S. 42 Note 1), vgl. jedoch Sintenis I S. 228 fg., Holzschuher I §. 43 Nr. 2. 3. Die Quellen gewähren ein vollkommen unzweifelhaftes Resultat nicht. L. 1 §. 9 D. de succ. ed. 38. 9, l. 30 §. 1 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 134 D. de V. S. 50. 16, l. 1 §. 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4 beweisen für den 31. December nur, wenn man annimmt, daß sie den ersten Tag mit rechnen, was eben die Frage ist, und von Savigny geleugnet wird. Gar nichts entnehmen läßt sich aus l. 6 D. de O. et A. 44. 7 und l. 132 pr. D. de V. S. 50. 16, die keine Andeutung darüber enthalten, welcher Tag der dies novissimus oder extremus sei, — nichts Entscheidendes aus l. 1 D. de manum. 40. 1, in welcher „post sextam noctis pridie Kalendas" sowohl bedeuten kann: nach Mitternacht des 31. December, als: nach Mitternacht am 31. December. Eher für den 1. Januar spricht l. 7 D. de usurp. 41. 3, in welcher „pridie Kal. Ianuarias" kaum anders als genitivisch gefaßt werden kann, wegen des unmittelbar vorhergehenden „Kalendarum Ianuariarum". Doch bleibt hier die Erklärung übrig, daß nicht sowohl der Anbruch des 1. Januar, als vielmehr der vollständige Ablauf des 31. December verlangt sei (s. die folgende Note), und dieselbe Erklärung läßt sich auf Gell. Noct. Att. III. 2 („Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kal. Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, a. d. IV. Kal. Ian. sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabb. deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis") anwenden. L. 101 D. de R. I. 50. 17 würde für den 1. Januar beweisen (obgleich auch sie den Anfangstag, wenn nicht mit rechnet, jedenfalls mit zählt), wenn es feststünde, daß sie den Monat zu 60 Tagen rechnet (vgl. Note 20). Es bleibt übrig l. 5 D. qui test. 28. 1, und diese kann ohne den äußersten Zwang nicht anders als auf den 31. December gedeutet werden. — Keller §. 73 gibt zwar für das römische Recht den 1. Januar auf, nicht aber für das heutige.

[13] Linde Civilproceß §. 174, Bayer Vorträge S. 475, Wetzell Civilproceß §. 68 Note 76.

[14] Unger (II S. 198) ist der Ansicht, daß bei heutzutage durch Rechtsgeschäft festgesetzten Fristen im Zweifel der erste Tag nicht mit gerechnet werden dürfe; es leuchtet nicht ein, warum es dann bei gesetzlichen Fristen anders gehalten werden soll. Wächter (II S. 828. 829) will die Nichtanrechnung des Anfangstages als die „deutsche" Art der Berechnung „bei besonderen Instituten des deutschen und unseres Particularrechts und bei vertragsmäßigen, testamentarischen und richterlichen Fristen" angewendet wissen. So entschied

Schlußpunkt der zu berechnenden Zeiterstreckung, der Anfangs- oder der Endpunkt des letzten Tages? Im Zweifel ist für das Letztere zu unterscheiden; man wird nicht sagen dürfen, daß eine Zeiterstreckung vollendet sei, so lange noch ein Moment eines zu ihr gehörigen Tages nicht verflossen ist. Nur aus besonderen Gründen wird angenommen werden dürfen, daß zur Vollendung eines Zeitraums im Sinne der Zeitbestimmung der Anbruch des letzten Tages genüge. Das römische Recht hat dieß für einzelne Fälle anerkannt[15]; daraus eine allgemeine Regel zu bilden, erscheint bedenklich[16].

b. Fällt in die zu berechnende Zahl von Tagen ein Schalttag, so darf derselbe bei den gesetzlichen Fristen des römischen Rechts nicht mit gerechnet werden. Denn der römische Kalender zählt den Schalttag als besonderen Tag nicht, sondern führt ihn als Zusatz zu seinem Nebentage auf[17], und auf diese Eigenthüm-

---

auch bei einer vertragsmäßigen Frist das Erkenntniß bei Seuff. Arch. X. 25. Vgl. allg. deutsche W. O. Art. 32: — „Bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der nach Dato zahlbare Wechsel ausgestellt, oder der nach Sicht zahlbare zur Annahme präsentirt ist, nicht mit gerechnet". HGB. Art. 328 Nr. 1: — „bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen ist, nicht mit gerechnet". — Wird von Datum zu Datum gerechnet (Note 23), so ist dadurch die Frage erledigt.

[15] Für das Alter des anniculus (l. 132 pr. l. 134 D. de V. S. 50. 16), für das zur Freilassung und zur Errichtung eines Testamentes befähigende Alter (l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 5 D. qui test. 28. 1), endlich in l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3 für die Ersitzungszeit, während in l. 7 D. de usurp. 41. 3 wahrscheinlich der Ablauf des letzten Tages verlangt wird. (Gell. Noct. Att. III. 2 [Note 12] sagt, wenigstens unmittelbar, nicht, daß die Ersitzung der Manus, sondern daß das erste Ehejahr sich mit dem Ablauf des letzten Tages ende.) Vgl. noch l. 49 D. de cond. 35. 1.

[16] Savigny (IV S. 410 fg.) hat die Regel aufgestellt, der Anbruch des letzten Tages genüge in allen Fällen, in denen es sich um den Erwerb eines Rechts handele, während der Ablauf erforderlich sei, wenn durch Unthätigkeit während einer gewissen Zeit ein Recht verloren werde (vgl. l. 6 D. de O. et A. 44. 7), und die meisten Neueren sind ihm darin gefolgt. S. dagegen namentlich Bachofen a. a. O. 64 fg. 335 fg., auch Wächter II §. 121 Note 20, Unger II S. 300. 301. Die ältere Doctrin sah gerade darin das Wesen der civilis computatio, daß („dies ultimus coeptus pro completo habetur". Vgl. Unger II §. 106 Note 8.

[17] L. 98 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4, c. 14 X. de V. S. 5. 40. Der Tag, zu welchem der Schalttag hinzugefügt wird, ist

lichkeit des römischen Kalenders nimmt das römische Recht bei gesetzlichen Fristen Rücksicht, so daß eine jede solche Frist sich durch den Schalttag um einen Tag verlängert[18], während es bei Fristen, welche durch Privatfestsetzung bestimmt sind, als das Wahrscheinliche annimmt, daß der Bestimmende den Schalttag als besonderen Tag gezählt wissen wolle[18a]. Bei den heutzutage, gleichviel ob durch Privatbestimmung, richterliche Verfügung oder Gesetz, festgesetzten Fristen ist dieses Letztere, da unserem Kalender jene römische Einrichtung durchaus unbekannt ist, unbedingt als gewollt anzunehmen[19].

c. Ist die zu berechnende Zeiterstreckung in Monaten ausgedrückt, so sind unter Monaten, wenn es sich um eine gesetzliche Frist des römischen Rechts handelt, Conplexe von 30 Tagen zu verstehen[20]; so jedoch, daß dabei nach dem zuvor Gesagten der Schalt-

---

der 24. Februar, nach römischer Bezeichnung: a. d. VI. Kal. Martias, weßwegen der Schalttag ebenfalls als a. d. VI. Kal. Martias aufgeführt wird, und davon bisextum heißt. (Wenn bisextum in l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4 zur Bezeichnung des Doppeltages gebraucht wird, welchen der Schalttag mit seinem Nebentage bildet, so steht diese Ausdrucksweise ganz vereinzelt da. Th. Mommsen Jahrb. d. gem. R. III S. 358—363.) Wird aber der Schalttag vor den 24. Februar vorgeschoben, oder an den 24. Februar angehängt? Jenes ist die herrschende Meinung, vgl. namentlich Arndts Jahrb. d. gem. R. III. 10. Dawider, was den Kalender der Kaiserzeit angeht, mit gewichtigen Gründen Th. Mommsen röm. Chronologie S. 279 fg. der zweit. Ausg. u. Jahrb. des gem. R. III. 14. In unserem heutigen Kalender wird der Schalttag unzweifelhaft vorgeschoben, und ist daher der 24. und nicht der 25. Februar, da der Mathiastag, welcher in einem Gemeinjahre auf den 24. Februar fällt, in einem Schaltjahre auf den 25. Februar rückt. Ganz verkehrt ist die Meinung, daß der Schalttag der 29. Februar sei. Vgl. namentlich Savigny IV S. 457 fg., Vangerow I §. 197 Anm. Nr. I. II.

[18] L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[18a] L. 2 cit. i. f. (wo zu lesen ist: „*sed et* si quis fundum ea lege vendiderit ut, nisi in diebus XXX pretium esset solutum, inemtus esset fundus dies intercalaris proficiet emtori? Mihi contra videtur"). Savigny IV §. 193.

[19] Auf die gesetzlichen Fristen des röm. Rechts darf diese Berechnungsweise nicht erstreckt werden, weil die römischen Rechtsvorschriften in ihrem Sinne auszulegen sind; sie verstanden aber unter Tagen die Tage des römischen Kalenders. So auch die gemeine Meinung; dawider Unger II §. 106 Note 37. Ueber die neueren Gesetzgebungen s. Savigny IV S. 476 fg.

[20] Daß das römische Recht unter Monaten Zeiträume von 30 Tagen verstehe, ist die herrschende Meinung. Sie stützt sich auf l. 40 D. de R. C.

tag unberücksichtigt bleibt[21]. Dagegen verdient für die heutzutage, durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung[22] oder Privatbestimmung, festgesetzten Fristen die Rechnung vom Datum zu Datum als die wahrscheinlich gewollte entschieden den Vorzug[23].

---

12. 1, l. 4 §. 1 l. 11 §. 6 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5 vgl. mit l. 29 §. 5 eod. und l. 1 §. 10 D. ad SC. Turp. 48. 16, l. 22 §. 2 C. de iure del. 6. 30 vgl. mit §. 11 eod., Nov. 115 c. 2, Paul R. S. IV. 9 §. 5 vgl. mit Censor. de die nat. c. 9. Damit ist allerdings schwer zu vereinigen l. 101 D. de R. I. 50. 17, in welcher als letzter Tag einer zweimonatlichen Frist der 61. bezeichnet wird (über Emendationen, durch welche man zu helfen gesucht, s. Reinfelder der annus civilis S. 149 fg., Huschke Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. II S. 166—180). Nicht widerspricht l. 2 C. de temp. et rep. app. 7. 63; hier wird nicht der Monat zu 31 Tagen gerechnet, sondern es wird nach Ablauf eines jeden Monats ein Tag zugegeben. Noch weniger widerspricht l. 7 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, oder gar l. 3 §. 12 D. de suis 38. 16 in Verbindung mit l. 12 D. de statu hom. 1. 5. Savigny IV S. 339. 340. — Die herrschende Meinung ist in der neueren Zeit namentlich von Reinfelder der annus civilis (1829) S. 116 fg. und Savigny IV §. 181 vertheidigt worden, s. auch Vangerow I §. 194 Anm. Andere Meinungen sind aufgestellt worden von Schrader civil. Abhandlungen Nr. 3 (er geht davon aus, der Monat werde von den Römern als 1/12 von 365 Tagen gerechnet) und Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 353 fg. (1843), der in den Quellen bereits die Rechnung von Datum zu Datum findet (Note 23), mit Ausnahme jedoch der Bestimmung, daß eine zweimonatliche Frist zu 61 Tagen gerechnet worden sei. Er hat Eindruck gemacht auf Wächter II §. 121 Note 6, Unger II §. 105 Note 11.

[21] Vgl. l. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[22] Für processualische Fristen kommt jedoch noch K. G. O. II. 30 §. 4 in Betracht.

[23] Wer „heute über 3 Monate" verspricht, von dem ist im Zweifel anzunehmen, daß er, wenn „heute" der 13. April 1862 ist, für den 13. Juli 1862 habe versprechen wollen. Dafür namentlich Savigny IV S. 341 fg., Wächter II S. 824. 825; dawider (ohne Angabe von Gründen) Vangerow I §. 194 Anm. a. E. Das Erkenntniß des OAG. zu Lübeck vom 27. April 1865 bei Seuff. Arch. XIX. 119 geht davon aus, daß bei vertragsmäßigen Fristen in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte weder die eine noch die andere Art der Berechnung als wahrscheinlich gewollt angenommen werden dürfe. Dagegen allgem. deutsche W. O. Art 32. „Bei Wechseln . . tritt die Verfallzeit ein: . . wenn die Frist nach . . Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Tage . . des Zahlungsmonates der durch seine . . Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht". Ebenso HGB. Art. 328 Nr. 2. A. L. R. II. 8 §. 855. Code de commerce art. 132. Ueber das oester-

d. Das Jahr ist in römischen gesetzlichen Fristen als Zeitraum von 365 Tagen zu rechnen[24], wieder mit Außerachtlassung des Schalttags[25]. Für heutige Fristen gilt das Nämliche, was vorher in Betreff der Monate gesagt worden ist.

§. 104.

Eine besondere Art der Berechnung eines Zeitraumes kommt da vor, wo an eine Unthätigkeit, welche durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt wird, ein Verlust angeknüpft ist. Sie besteht darin, daß in den Zeitraum nicht alle Tage eingerechnet werden, sondern nur diejenigen, an welchen es der betreffenden Person möglich war, die verlangte Handlung vorzunehmen[1]. Es gelten dafür folgende nähere Regeln.

1. Diese Art der Berechnung bildet eine Ausnahme, und darf nur da zur Anwendung gebracht werden, wo sie vom Rechte ausdrücklich anerkannt ist. Von den Fällen, in welchen sie vom römischen Rechte anerkannt ist[2], ist für uns praktisch nur noch

---

reichische Gesetzbuch s. Unger II S. 289. 290. — Fehlt in dem letzten Monate der dem Anfangstage entsprechende Tag, so muß man die Frist mit dem letzten Tage desselben ablaufen lassen; eine Monatsfrist, welche am 31. Januar beginnt, endet am 28. bez. 29. Februar. Vgl. allgem. deutsche W. O. und HGB. a. a. O., A. L. R. II. 8 §. 856.

[24] L. 51 §. 2 D. ad. leg. Aq. 9. 2, l. 4 §. 5 D. de statulib. 40. 7, l. 135 pr. D. de V. S. 50. 16.

[25] L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[1] Der technische Ausdruck der Quellen für diese Art der Berechnung ist: tempus utile numeratur, dies utiles numerantur; den Gegensatz bildet: tempus continuum, dies continui. L. 2 pr. D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3. §. 16 I. de excus. 1. 25. Ebenso bei der Zusammenfassung der Tage zu Monaten und Jahren, l. 19 §. 6 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Entsprechende deutsche Ausdrücke sind: taugliche — laufende Zeit, Tage ꝛc. ꝛc. — Elvers Themis I S. 125—184 will unter utilis annus das Amtsjahr des betreffenden Praetors verstanden wissen. Dagegen Savigny IV S. 451—453, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 1. §. 104.

[2] Das römische Recht erkennt sie nur an: 1) bei Fristen, die auf Rechtsvorschrift beruhen; 2) bei Fristen von höchstens Einem Jahre; 3) bei Fristen, innerhalb deren eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll; aber 4) auch nicht in allen Fällen, in welchen diese Merkmale zusammentreffen. Savigny S. 424 fg.

der Fall der einjährigen und kürzeren Anspruchsverjährung (§. 110)[3].

2. Rücksicht genommen[4] wird auf jede Verhinderung, welche ihren Grund in einer äußeren, dem Versäumenden nicht zur Last fallenden, vorübergehenden[5] Thatsache[6], oder auch in einem entschuldbaren Irrthum des Versäumenden[7] hat.

C. Die Verjährung*.

1. Im Allgemeinen.

§. 105.

Durch Verjährung können Rechte sowohl begründet als auf-

---

[3] S. außerdem l. 2 pr. D. quis ordo 38. 15, l. 11 §. 5. 6 l. 29 §. 5 D. ad. leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 1 § 7 D. quando app. 49. 4, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53, l. 1 pr. C. de ann. exc. 7. 40.

[4] L. 2 D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[5] Für dauernde Zustände der Verhinderung, Unmündigkeit, Wahnsinn ꝛc. ist in anderer Weise gesorgt. Savigny IV S. 436—440.

[6] Bei den Römern kam namentlich in Betracht die Unzugänglichkeit des Richters, welche bei uns in demselben Maße nicht mehr besteht. Außerdem werden genannt: Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit im Staatsdienst, Gefängniß, Krankheit, Unwetter durch welches die Reise aufgehalten wird, Unerreichbarkeit des Gegners. Savigny S. 428—433.

[7] Letzteres leugnet Savigny (IV S. 433—436. III S. 403—417), indem er jedoch zugibt, daß der Versäumende sich dann auf den Irrthum berufen dürfe, wenn er beweisen könne, daß derselbe besonders schwer zu entdecken gewesen sei. Aber diese Beschränkung geht aus l. 15 §. 4. 5 D. quod vi 42. 24, l. 6 D. de calumn. 3. 6, l. 55 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21 nicht hervor, und daß in l. 2 D. si quis ordo 38. 15, wie Savigny behauptet, der Irrthum nur wegen ausdrücklicher Rechtsvorschrift in Betracht gezogen werde, ist unerweislich. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 6 §. 14 l. 10 §. 18 D. quae in fr. cr. 42. 8, l. 29 §. 5 D. ad leg. Iul. de ad 48. 5 und l. 1 §. 10 D. ad SC. Turp. 38. 16 aber, auf welche Stellen sich Savigny noch beruft, wollen nur den Anfangspunkt der Frist im Allgemeinen fixiren, keineswegs aber sagen, daß derselbe nicht durch Irrthum verrückt werden könne. Vgl. auch Wächter II §. 121 Note 14. [Blätter f. RAnwend. Ergänzungsband zum 31. u. 32. Bd. S. 411—414.] — Die Berücksichtigung des Irrthums kann aber auch stattfinden, ohne daß utile tempus gerechnet wird, z. B. §. 16 I. de excus. 1. 25. Früher nannte man das: tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus. Darüber, wie über das s. g. tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus s. Savigny IV S. 446—453.

* Unterholzner ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungs-

gehoben werden. Man versteht darunter, daß sie begründet oder aufgehoben werden dadurch, daß der thatsächliche Zustand ihrer Ausübung oder Nichtausübung eine längere Zeit hindurch bestanden hat. Dieser thatsächliche Zustand verwandelt sich durch seine Fortdauer in einen zu Recht bestehenden, nicht mehr angreifbaren[1].

Indem das Recht der Verjährung diese Kraft beilegt[2], erkennt es eine Wahrheit an, welche sich nicht bloß auf dem rechtlichen Gebiete geltend macht. Die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann; was lange bestanden hat, erscheint uns bloß deßwegen, weil es bestanden hat, als ein Festes, Unumstößliches; es ist ein Uebel, wenn wir uns in dieser Erwartung getäuscht finden[3]. Dazu kommt, daß die Zustände, welchen die Verjährung den Stempel der Rechtmäßigkeit aufdrückt, nicht

---

lehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 Bde. 1. Aufl. 1828. 2. Aufl., neu bearbeitet von Schirmer, 1858.

[1] Die Römer haben für das, was wir Verjährung nennen, eine entsprechende Bezeichnung nicht. Der von den Neueren gebrauchte Ausdruck praescriptio bezeichnet in der römischen Rechtssprache (eine besondere Art der) Einrede, und so denn auch die Einrede der Verjährung, temporis oder temporalis praescriptio. Aber schon die Glossatoren, und nach ihnen das canonische Recht, verstehen unter praescriptio Verjährung geradezu. Die beiden möglichen Richtungen der Verjährung werden dann bezeichnet als praescriptio acquisitiva und praescriptio exstinctiva. Letztere Ausdrücke übersetzt man gewöhnlich durch: erwerbende — erlöschende Verjährung. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß diese Uebersetzung schlecht ist; dann noch lieber, wie Andere sagen: Acquisitiv- und Exstinctiv-Verjährung. Ich werde die Ausdrücke: begründende Verjährung oder auch: Erwerbsverjährung — aufhebende Verjährung gebrauchen. Insofern die erstere Besitz voraussetzt, wird sie passend Ersitzung genannt. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der römische Ausdruck usucapio. §. 105.

[2] Vgl. zu dem Folgenden Savigny IV S. 305—308. V S. 267—272, Wächter II S. 804.

[3] L. 1 D. de usurp. 41. 3. „Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent". L. 5 pr. D. pro suo 41. 10: — „ut aliquis litium finis esset". L. 2 pr. D. de aqua et aquae 39. 3: — „vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa". Justinian drückt das in seiner Art so aus: „ne possessores . . . prope immortali timore teneantur", l. 7 pr. C. de praescr. XXX 7. 39. Vgl. Cic. pro Caecina c. 26: „usucapio . . hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium. . ".

nothwendigerweise unrechtmäßige waren. Vielleicht bestand das ausgeübte Recht wirklich, und das nicht ausgeübte war in der That nicht vorhanden; ja es spricht dafür sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit: denn würde sonst der Gegner den bestehenden Zustand so lange unangefochten gelassen haben? Ist dieß aber nicht der Fall, verwandelt wirklich die Verjährung die nackte, unrechtmäßige Thatsache in Recht, so erleidet jedenfalls derjenige, welchem die Verjährung etwas nimmt, seinen Verlust nicht unbilligerweise; denn er hätte ihn durch Unterbrechung des bestehenden Zustandes abwehren können, während längerer Zeit abwehren können; da er das nicht gethan hat, mag er die Folgen davon tragen[4].

Es wird denn auch nicht leicht ein positives Recht der Verjährung die Anerkennung ganz versagen; die Grenzen ihrer Anerkennung können verschieden gezogen werden.

Das römische Recht hat die Verjährung nicht bei allen Rechten anerkannt. Es ist weit davon entfernt, den Satz aufzustellen, daß die Rechte durch fortgesetzte Ausübung erworben, und durch fortgesetzte Nichtausführung verloren werden. Nur bei bestimmten Rechten hat es das Eine oder das Andere oder Beides anerkannt[5]; die Verjährung muß für jedes Recht, auf welches sie angewendet werden soll, besonders nachgewiesen werden. Eben deßwegen gibt es im römischen Rechte auch keine allgemeine Theorie der Verjährung; es gibt nur Grundsätze für die einzelnen Anwendungen der Verjährung[6].

---

[4] Die in der vorigen Note citirte l. 1 D. de usurp. 41. 3 fährt fort: „cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium“. Vgl. l. 2 C. de ann. exc. 7. 40: — „ut . . sit aliqua inter desides et vigilantes differentia“; l. 3 eod.: — „contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt“.

[5] Die begründende Verjährung hat es anerkannt namentlich bei dem Eigenthum und den Dienstbarkeiten, die aufhebende bei den Dienstbarkeiten und bei den Ansprüchen. Ueber die Anwendung der Vejährung auf die übrigen dinglichen Rechte s. unten bei diesen. Keine Anwendung findet die Verjährung auf die Obligationen, insoweit dieselben nicht durch die Verjährung der Ansprüche berührt werden, und auf die Familienrechte.

[6] Dieß hat die ältere Theorie vielfach verkannt, und die Reaction dagegen ist nicht ausgeblieben; vgl. namentlich Savigny IV §. 178. Aber von der anderen Seite ist es auch zu weit gegangen, wenn man nun den Begriff der Verjährung am liebsten aus der Rechtstheorie ganz ausweisen

Hiernach könnte es scheinen, als dürfte an diesem Orte, im allgemeinen Theil des Systems, von der Verjährung des Weiteren nicht die Rede sein. Daß dem nicht so ist, hat einen doppelten Grund.

1. Nach römischem Rechte gehen zwar nicht die Rechte überhaupt, wohl aber die Ansprüche überhaupt durch die Fortdauer ihrer Nichtausübung unter; der Begriff des Anspruchs aber ist in gleicher Weise, wie der des Rechts, ein allgemeiner (§. 43).

2. Im neueren Rechte hat sich eine besondere Anwendung

---

möchte. Man sollte das schon deßwegen nicht thun, weil dieser Begriff im Leben vorhanden ist, und also immer wieder sich eindrängen wird, — wenn er nicht geregelt wird, ungeregelt. Allerdings ist es, wenn auch nicht für die Verjährung überhaupt, doch für die aufhebende Verjährung wahr, daß ihre Grenzen sich leicht verwischen. Es ist sehr richtig, wenn man sagt: Verjährung liegt nur da vor, wo ein Recht verloren wird auf Grund seiner Nichtausübung während einer gewissen Zeit, nicht da, wo es mit Ablauf einer gewissen Zeit deßwegen verloren wird, weil die Rechtsordnung ihm aus anderen Gründen von vorne herein nur eine gewisse Zeitdauer zugestanden hat, wie es sich z. B. mit dem Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers nach dem Pfandzuschlag verhält (§. 238 Note 5), oder mit dem Rechte gegen den sponsor und fidepromissor nach der lex Furia (Gai. III. 121), vgl. namentlich Demelius Untersuchungen aus dem Civilrecht S. 3—7, Unger II S. 275—277 — und man wird nicht in jedem einzelnen Fall mit Sicherheit erkennen können, ob eine rechtliche Bestimmung dieser letzteren Art oder eine wirkliche Verjährungsbestimmung vorliegt, oder auch nur behaupten dürfen, daß eine rechtliche Bestimmung im Sinne ihres Urhebers immer ausschließlich die eine oder die andere Natur haben müsse. Also ist es wahr, daß man sich mit dem Verjährungsbegriff auf einen abschüssigen Boden begibt, und die ältere Theorie zeigt, bis wohin man auf demselben gelangen kann. Sprach man doch sogar vom Verlust eines Rechts durch „momentanea praescriptio“, womit man den Fall meinte, wo ein Recht nur in einem gegebenen Augenblick ausgeübt werden kann, wie z. B. das Recht der Nothwehr im Augenblick des Angriffs, und man diesen Moment vorübergehen läßt — wogegen denn freilich schon *Rave* de praescriptionibus p. 3 sich erklärt. Vgl. über diese älteren Auffassungen namentlich die Nachweisungen bei Unger II §. 104 z. A. Vor diesem Abwege soll man warnen, und man mag hinzufügen, daß der allgemeine Begriff der Verjährung eben wegen dieser Leichtigkeit des Ueberschlagens in andere Begriffe gar nicht fähig ist, zur Grundlage einer juristischen Theorie zu werden, jedenfalls soll man mit Nachdruck hervorheben, daß er es im römischen Rechte nicht geworden ist: aber das Alles thut dem keinen Eintrag, daß es einen Begriff der Verjährung wirklich gibt, und die juristische Theorie wird nicht zur Aufklärung beitragen, wenn sie denselben ignorirt.

der Verjährung ausgebildet, welche sich allerdings auf die Rechte überhaupt bezieht, die s. g. unvordenkliche Verjährung[7].

Von der Verjährung der Ansprüche und von der unvordenklichen Verjährung muß also hier näher gehandelt werden.

2. Die Verjährung der Ansprüche*.

Einleitung.

§. 106.

Ansprüche gehen dadurch verloren, daß sie, obgleich ihnen der thatsächliche Zustand nicht entspricht, eine längere Zeit hindurch unausgeübt bleiben. Jedoch sind hiermit die Bedingungen der Anspruchsverjährung nur ganz im Allgemeinen bezeichnet; das Nähere wird in den §§. 107—111 vorgetragen werden.

Wie die Römer den Anspruch überhaupt als Klagerecht, actio, auffassen (§. 44), so erscheint bei ihnen auch die Verjährung der Ansprüche als Verjährung der Klagerechte, actiones. Demgemäß ist es auch heutzutage durchaus gebräuchlich, statt von der Verjährung der Ansprüche, von der Verjährung der Klagen zu handeln. Man gibt damit den Ausdruck der Römer wieder, aber nicht die Sache[1]. —

---

[7] Praescriptio immemorialis, auch indefinita, im Gegensetze der praescriptio definita.

* Reinhardt die usucapio und praescriptio des röm. R. (1832) S. 232 fg. Kierulff S. 189—215, Savigny V §. 237—252, Sintenis I §. 31, Wächter II §. 118. 119, Unger II §. 119—122. — Das bei §. 105 citirte Werk von Unterholzner behandelt diese Lehre nicht an einem und demselben Orte; s. aber namentlich II §. 252 fg.

§. 106. [1] Wenn die Römer von actio reden, so wollen sie nicht das specifische Moment der Klagebefugniß, das Moment der Befugniß, das Gericht anzurufen, im Gegensatz der Berechtigung an sich, hervorheben, sondern sie wollen die Berechtigung selbst bezeichnen; gerichtliche Verfolgbarkeit ist ihnen der Ausdruck für Berechtigung. Wenn wir heutzutage von Verjährung der „Klagen" reden, so unterliegen wir fortwährend der Gefahr, aus dem specifischen Moment der Klagebefugniß Consequenzen abzuleiten, welche sehr unrömisch sind. — Einzelne Schriftsteller haben das auch richtig erkannt. Linde (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 153) spricht von Verjährung der „Rechte", was freilich zu weit ist, da mit diesem Ausdruck auch die Verjährung der dinglichen Rechte umfaßt ist, welche mit der Verjährung der actio nichts zu thun hat. Umgekehrt ist es zu enge, wenn

Die Verjährung der Ansprüche (actiones) ist kein ursprüngliches römisches Institut. Ursprünglich war keine actio der Verjährung unterworfen; zuerst der Praetor stellte auf Zeit beschränkte actiones auf; andere einzelne Bestimmungen traten später hinzu; die Regel der Verjährung des actiones ist erst im 5. Jahrh. ausgesprochen worden[2].

Von dieser Regel gibt es nur Eine Ausnahme: unverjährbar sind die Steuerforderungen des Fiscus[3]. Was man gewöhn-

---

Wächter (II S. 806, vgl. S. 476 Note 1) von „Schuldverjährung" geredet wissen will, da der dingliche Anspruch unter den Ausdruck Schuld schlecht untergebracht werden kann. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. S. 38.

[2] Von Theodosius II. a. 424 (l. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4. 14 = l. 3 C. de praescr. XXX 7. 39). Als regelmäßige Verjährungszeit bestimmte Theodosius 30 Jahre, unter Bestätigung jedoch der kürzeren Verjährungsfristen. Das Nähere über das Geschichtliche s. bei Puchta Inst. II §. 208. Zu vergleichen ist auch: Demelius Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht (1856) Nr. 1. Dieser letztere Schriftsteller nimmt einen principiellen Gegensatz zwischen der älteren vortheodosischen, und der durch Theodosius eingeführten Anspruchsverjährung an; nur diese letztere sei eine eigentliche Verjährung, nur sie habe ihren Grund in der fortgesetzten Unthätigkeit des Berechtigten, während die älteren Bestimmungen einzelne actiones von vorne herein mit Rücksicht auf den besonderen Inhalt des Rechtsverhältnisses auf bestimmte Zeit beschränkt, zu actiones temporales gemacht hätten. Man kann zugeben, daß hier in der That ein Gegensatz vorhanden sei — obgleich die Frage ist, ob er so scharf gefaßt werden darf, wie Demelius thut; denn ziehen nicht auch die älteren Bestimmungen die verdunkelnde und nivellirende, „Recht und Unrecht verwebende" (Brinz Pand. S. 164) Macht der Zeit wenigstens mit in Betracht, indem sie dieselbe zwar nur bei gewissen Ansprüchen anerkennen, bei diesen aber auch wegen ihrer besonderen Natur besonders früh eintreten lassen? (Vgl. §. 105 Note 6). Jedenfalls wird man aus diesem Gegensatz keine Consequenzen ziehen dürfen. Demelius gibt selbst zu, daß der Gegensatz bereits für das spätere römische Recht nicht mehr vorhanden gewesen sei, und daß daher die in den Kaiserconstitutionen getroffenen Bestimmungen auf die alten actiones temporales mit zu beziehen seien. Aber er will nicht auch umgekehrt das Recht der letzteren auf die neuere Verjährung übertragen wissen. Nach meiner Ansicht mit Unrecht; was das römische Recht selbst als ein einiges Institut ansieht, dürfen wir nicht deßwegen auseinanderreißen, weil wir zu erkennen glauben, daß der Grund der unter dasselbe gehörenden Rechtssätze ein verschiedener sei. — Dieselben Ideen, wie bei Demelius, finden sich, unabhängig von ihm, bei Brinz Pand. §. 47.

[3] L. 6 C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny S. 410 behauptet, diese Ausnahme sei heutzutage „nicht mehr anerkannt". Ich habe für diese

lich sonst noch als Ausnahme anführt, daß der Anspruch auf Theilung nicht verjähre, ist keine Ausnahme, da dieser Anspruch in jedem Momente der Gemeinschaft neu entsteht[4].

Auch durch Vertrag kann die Verjährung nicht ausgeschlossen werden, da sie im öffentlichen Interesse eingeführt ist[5].

a. Bedingungen.

α. Unbefriedigtheit des Anspruchs. Beginn der Verjährung.

§. 107.

Die erste Bedingung der Anspruchsverjährung ist Unbefriedigtheit des Anspruchs. So lange der Anspruch befriedigt ist, d. h. so lange der von ihm geforderte thatsächliche Zustand vorhanden ist, läuft ihm keine Verjährung[1]. — Dagegen läuft dem unbefriedigten Anspruch die Verjährung sofort von seiner Entstehung an[2]. Entstanden[3] aber ist der Anspruch, sobald das

---

Behauptung, welche Puchta, Arndts, Sintenis (auch ich selbst in der 1. Aufl.) sich angeeignet haben, einen Anhalt nicht finden können. Vgl. Unterholzner II S. 403, Vangerow I §. 148 Anm. 2 Nr. 4, Holzschuher II §. 19 Nr. 10. — Andere Ausnahmen des römischen Rechts beziehen sich auf Verhältnisse, die heutzutage nicht mehr vorkommen. L. 3 C. de l. t. praescr. qnae pro lib. 7. 22, l. 5 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 23 pr. C. de agric. 11. 47.

[4] Es versteht sich von selbst, daß die sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft der gewöhnlichen Verjährung unterworfen sind, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, vgl. l. 6 C. fin. reg. 3. 39.

[5] Ein Anderes ist der Verzicht auf die durch die Verjährung erworbene Rechtsstellung; dieser ist vollkommen zulässig. Savigny V S. 411—413.

§. 107. [1] Durch die Befriedigung des Anspruchs wird derselbe in den meisten Fällen aufgehoben, so daß schon deßwegen von Verjährung keine Rede sein kann. Aber es ist das nicht nothwendig, wie es denn namentlich bei den auf Nichtthun gerichteten Ansprüchen, ferner bei denjenigen positiven, welche auf das Bewirken eines dauernden Zustandes gerichtet sind, nicht der Fall ist.

[2] L. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40: — „ex quo ab initio competit et semel nata est (actio)“. L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39: — „actiones XXX annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem“. L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Neueren pflegen den Ausdruck actio nata als technischen zu gebrauchen. Vgl. Demelius Untersuchungen S. 115. 204.

[3] Die Frage nach der „actio nata“, nach der „Nativität der Klagen“ hat eine umfangreiche Literatur. Vgl. außer den oben bei §. 106 genannten

ihm zu Grunde liegende Recht entstanden ist; der Anspruch ist nichts, als das Recht selbst in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens (§. 43). Dieß ist in gleicher Weise wahr für den dinglichen wie für den persönlichen Anspruch. Wenn nichtsdestoweniger die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht in gleicher Weise mit der Entstehung des dinglichen Rechts beginnt, wie die Entstehung des persönlichen Anspruchs mit der Entstehung des persönlichen Rechts: so hat dieß seinen Grund darin, daß der mit dem dinglichen Recht entstehende Anspruch, so lange nichts vorliegt, als das dingliche Recht, auch befriedigt ist. Er ist darauf gerichtet, daß Niemand die durch das dingliche Recht gegebene Herrschaft über die Sache störe; so lange dieß Niemand gethan hat, hat der Berechtigte das, was er Kraft des dinglichen Anspruchs verlangen kann. Die Verjährung des dinglichen Anspruchs beginnt daher erst dann, wenn von einer bestimmten Person eine Störung der dinglichen Herrschaft ausgegangen, und dadurch dem Berechtigten etwas entzogen worden ist, was er kraft seines Anspruchs haben sollte[4]. Anders bei dem persönlichen Anspruch. Zwar, wenn das persönliche Recht, mit welchem der persönliche Anspruch entsteht, auf ein Nichtthun des Verpflichteten geht, gilt von dem persönlichen Anspruch das

Schriftstellern: Unterholzner Verjährungslehre I §. 88. II §. 260. 264—266, Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 1 (1835), Lenz Studien u. Kritiken ꝛc. Nr. 4 (1847), Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 12 (1850) und Pand. I §. 147 Anm., Brackenhöft Arch. f. prakt. RW. IV. 3 (1856), Demelius Untersuchungen Nr. 2 (1856), Unger II §. 116.

[4] Wie ist es aber, wenn die Störung mit dem Willen des Berechtigten erfolgt ist, z. B. der Eigenthümer hat seine Sache mit Vorbehalt künftiger Rückgabe einem Anderen freiwillig hingegeben? Die Störung ist deßwegen nicht weniger vorhanden, und daher der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer sogleich begründet (vgl. l. 9. D. de R. V. 6. 1). Ob er sogleich verjährt, hängt davon ab, ob der Eigenthümer verpflichtet ist, dem Besitzer die Sache eine gewisse Zeit hindurch zu lassen, oder nicht. Im ersten Falle (z. B. bei der Miethe) verjährt der Anspruch erst nach Ablauf jener Zeit, wegen der ihm bis dahin entgegenstehenden Einrede (§. 109, l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39); im zweiten Falle (z. B. beim Precarium), wo dieses Hinderniß der Geldentmachung des Anspruchs nicht entgegensteht, beginnt seine Verjährung sogleich (l. 2 C. de praescr. XXX 7. 39 handelt von der Ersitzung, Demelius Untersuch. S. 111 Note 2). Vgl. Note 5 a. E. und Unger §. 116 Note 15. §. 120 Note 7a.

Gleiche, wie von dem mit dem dinglichen Recht entstehenden; er ist, wie er entstanden ist, auch befriedigt, und verjährt daher nicht von der Zeit seiner Entstehung an, sondern erst von der Zeit an, wo der Verpflichtete aufhört, ihm nachzukommen. Geht dagegen der persönliche Anspruch auf eine Thätigkeit des Verpflichteten, so ist, so lange diese Thätigkeit nicht eintritt, der Anspruch ein unbefriedigter, und daher beginnt seine Verjährung sogleich, ohne daß es etwa nöthig wäre, daß dem Verpflichteten die Erfüllung angesonnen worden sei und dieser sie verweigert habe[5]. —

[5] Darüber ist im Allgemeinen kein Streit, lebhafter nur in Betreff Einer Klasse von Fällen, derjenigen nämlich, wo der Berechtigte, ohne an die Einhaltung einer bestimmten Frist gebunden zu sein (darüber daß, wenn er in dieser Weise gebunden ist, die Verjährung erst nach Ablauf dieser Frist beginne, herrscht Uebereinstimmung, s. Note 7 mit Text und §. 109 Nr. 1), doch ausdrücklich oder stillschweidend erklärt hat, einstweilen von seinem Anspruch keinen Gebrauch machen zu wollen, wie z. B. bei einem Darlehn, welches schlechthin, oder auch mit der Erklärung, daß der Empfänger es behalten könne, bis der Darleiher es zurückfordere („auf Kündigung", „bis zur Kündigung", vgl. l. 48 D. de V. O. 45. 1: „decem cum petiero"), gegeben worden ist, ferner beim Depositum, Precarium, beim vorbehaltenen Rückkaufsrechte (der gewöhnlich ebenfalls hierher gestellte Fall des commodatum gehört nicht hierher, weil der Leihende gebunden ist, die Sache dem Empfänger bis zum gemachten Gebrauche zu lassen), vgl. Demelius Untersuch. S. 178 fg., Unger II §. 116 Anm. 11. Für diese Fälle behaupten namhafte Schriftsteller (Kierulff S. 193 fg., Savigny V S. 291 fg., Sintenis I S. 281 fg., Puchta Vorles. I S. 204—206, Keller S. 172. 173), actio nata sei erst vorhanden, wenn der Verpflichtete auf die Aufforderung des Gläubigers die Leistung verweigert habe. Diese Behauptung wird nicht sowohl auf die Quellen gestützt, gegen deren Aussprüche sie sich vielmehr nur vertheidigt, und zwar nach richtiger Interpretation ohne Erfolg (s. l. 1 §. 22 D. dep. 16. 3, l. 94 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 8 §. 7 D. de prec. 43. 26, und darüber Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 42 Note 11 [wo aber auf S. 43 in der zweiten Zeile der Note v. o. statt „nicht" „nicht nicht" zu lesen ist!]), als vielmehr auf die Natur der Sache, indem nämlich geltend gemacht wird, daß vorher der Schuldner in der Nichtleistung kein Unrecht thue. Von diesem Argument wird die hier vertretene Ansicht, welche als das Verjährende den Anspruch ansieht, nicht betroffen; für die herrschende Auffassung, welche als das Verjährende das Klagerecht ansieht, ist dieses Argument äußerst bedenklich, — ein Klagerecht, ein Recht sich zu beklagen und den Staat um Hülfe anzurufen, kann Niemandem zugestanden werden, der nicht Unrecht erlitten hat. Diejenigen, welche dieß leugnen (Thon S. 33 fg., Lenz S. 237 fg., Vangerow Arch. S. 295 fg. und Pand. §. 147 Anm. Nr. I. 2, Unger

Ein bedingter Anspruch ist noch kein entstandener Anspruch (§. 89); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Eintritte der Bedingung[6]. Ebenso ist aber auch ein befristeter Anspruch noch kein entstandener Anspruch (§. 96); seine Verjährung beginnt daher erst mit Herankommen des Zeitpunktes, auf welchen er ge-

---

S. 377 fg.), verstehen in der That unter Klagerecht, Klage, nichts Anderes, als was hier Anspruch genannt wird, so daß nur ein Streit über den Namen übrig bleibt. Wenn Wächter (II S. 412—413. 807) behauptet, eine die Klage begründende Rechtsverletzung liege schon in der Unbefriedigtheit des Anspruchs selbst, so muß das gerade für den vorliegenden Fall bestritten werden: wie kann sich Jemand über einen Zustand beklagen, der mit seinem Willen besteht? Auch Demelius (Untersuch. S. 146 fg.) sieht in dem objectiven Zustand der Unbefriedigtheit des Anspruchs das, zwar nicht das Klagerecht, aber doch seine Verjährung Begründende; das Klagerecht entstehe sogleich mit dem zu Grunde liegenden Rechte (actio nata im einen Sinne), aber erst die Nichtbefriedigung des Klagerechts fordere es zur Thätigkeit heraus, so daß fortan von einem unthätigen Klagerechte geredet werden könne (actio nata im anderen Sinne). Man setze wieder statt Klagerecht Anspruch, so ist hiergegen in der Sache nichts einzuwenden. Aeltere Schriftsteller halfen sich durch die Aufstellung der Regel: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Sie findet sich noch bei Unterholzner II §. 260, ist aber seit dem Angriffe von Thon (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 1 §. 1—12 (1835) allgemein aufgegeben. Jedoch enthält sie einen wahren Kern, s. die Note 9. Ueber das Ganze: Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 41—45. [Zrodlowski Arch. f. civ. Pr. LII. 14.] Die Praxis steht noch überwiegend auf dem Standpunkt der Verletzungstheorie, so jedoch, daß bei verzinslichen Darlehen eine die Klage begründende Rechtsverletzung auch in dem Ausbleiben einer Zinszahlung gefunden wird. Hiernach ist erkannt in den Urtheilen bei Seuff. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, s. auch XIV. 204. Die richtige Auffassung ist vertreten in den Erkenntnissen V. 272, XVII. 203, s. auch XVIII. 233. Das Obertribunal zu Stuttgart läßt jetzt (XIX. 7) bei unverzinslichen Darlehen die Verjährung sofort von der Ausbezahlung an, bei verzinslichen erst von der Kündigung oder dem Ausbleiben einer Zinszahlung an laufen — welche Inconsequenz bereits der Herausgeber des Archivs getadelt hat. [Seuff. Arch. XXII. 206, XXIII. 7.] — Uebrigens wiederholt sich dieselbe Frage, die hier behandelt worden ist, für die dinglichen Ansprüche, obgleich sie auf diese gewöhnlich nicht bezogen wird. Von dem Eigenthumsanspruch desjenigen, der eine Sache precario gegeben hat, gilt ganz in gleicher Weise, wie von seinem persönlichen Anspruch, daß der Anspruch sogleich begründet ist, und daß der Besitzer vor der Rückforderung durch die Nichterfüllung desselben nicht Unrecht thut. S. Note 4.

[6] L. 7 §. 4 C. de praescr. XXX 7. 39.

stellt ist[7]. Bei Ansprüchen auf periodisch wiederkehrende Leistungen (Renten, Zinsen, Mieth- und Pachtgelder) läuft deßwegen eine besondere Verjährung für jeden einzelnen fällig werdenden Posten; jedoch ist positiv bestimmt, daß die Verjährung des Anspruchs auf das Kapital auch jeden Zinsanspruch ausschließen soll[8]. —

Einen Fall giebt es, in welchem die Verjährung eines Anspruchs schon beginnt, ehe er entstanden ist. Dieser Fall ist, wenn die Entstehung des Anspruchs auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist. Einen Anspruch, den ich durch ein Wort in's Leben rufen kann, kann ich ganz in der nämlichen Weise geltend machen, wie einen Anspruch, der mir jetzt schon zusteht, und meine Unthätigkeit in Beziehung auf denselben kann daher

---

[7] L. 7 §. 4 C. cit., vgl. l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71. Für den befristeten Anspruch ist aber auch eine andere Auffassung möglich, nämlich, daß er sofort existent sei, nur nicht sofort geltend gemacht werden könne (§. 96). Faßt man ihn in dieser Weise auf, so gehört der Satz, daß die Befristung die Verjährung ausschließe, nicht hierher, sondern in §. 109.

[8] L. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 26 pr. C. de us. 4. 32. Seuff. Arch. IV. 201 Nr. II, VI. 3, XIII 6, XIV. 110, XVIII. 2. — Unterliegt auch das Recht auf die terminliche Leistung als solches einer Verjährung? Es ist dieß eine seit der Glossatorenzeit bestrittene Frage. Früher wurde sie von der Mehrzahl der Schriftsteller verneint, s. namentlich I. H. Boehmer Exerc. ad Pandectas V n⁰ 85. ius eccl. Prot. II. 26 §. 4—24; in der neueren Zeit ist die vorherrschende Ansicht für die Bejahung der Frage, jedoch nur unter der Voraussetzung einer von Seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesammtrechts. S. Unterholzner II S. 306, Savigny V S. 312, Sintenis I §. 31 Anm. 35, Holzschuher I §. 19 Nr. 3; Seuff. Arch. I. 156, III. 138, VI. 4 a. E., IX. 117. 323, XI. 6 (in der Note), XIV. 110, 117 Nr. I, XVI. 2, XVII. 83. Vgl. auch Buchka und Budde Entscheidungen IV. 41. Keine Bestreitung des Gesammtrechts verlangen die Erkenntnisse bei Seuffert: I. 157, III. 3, VI. 4 z. A., VI. 132, und in diesem Sinne hat sich auch Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 47. 48 ausgesprochen. Vgl. noch Seuff. Arch. XIV. 117 Nr. II. III. Gegen alle Verjährung des Gesammtrechts hat sich neuerdings wieder erklärt Demelius Untersuchungen S. 200—203; ihm folgen Schirmer zu Unterh. §. 262 Note 740, Unger §. 120 Note 10. Für diese Ansicht sprechen l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39 und l. 46 §. 9 C. de ep. et cl. 1. 3; für die Verjährung nach erfolgter Verweigerung l. 14 C. de fund. patr. 11. 61, die mir aber von einer der Anspruchsverjährung durchaus fremden Idee auszugehen scheint („si per quadraginta annos ademti canonis beneficium iugitur possederunt“).

keine andere Bedeutung haben, als meine Unthätigkeit in Beziehung auf einen bereits entstandenen Anspruch[9].

[9] Dieß ist, wie ich glaube, der wahre Kern der am Schluß der Note 4 erwähnten Regel. Die herrschende Ansicht stimmt damit nicht überein; aber sie verwickelt auch wenigstens diejenigen, welche den in der Note 5 genannten Fall entscheiden, wie dort geschehen, in unerträgliche Schwierigkeiten. Dieselben müssen z. B. annehmen, daß, wenn bei einem Kaufvertrage der Käufer sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten habe, sein Anspruch gegen den Verkäufer erst von der Zeit des erklärten Rücktritts an verjähre, während sie den Anspruch aus dem bedungenen Rückkaufsrechte (pactum de retrovendendo) von der Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages oder der Uebergabe der Sache (das Erstere ist gewiß das Richtigere) verjähren lassen. (Dagegen zwar Demelius Untersuch. S. 194 fg., aber nicht überzeugend; vgl. auch Unger §. 116 Note 11). Ferner: wenn ein Darlehn „auf Kündigung", „bis zur Kündigung" gegeben ist, lassen sie die Verjährung sogleich beginnen; wenn „bis acht Tage nach geschehener Kündigung", erst acht Tage nach geschehener Kündigung, so daß ohne Kündigung ein solches Darlehn noch nach 100 und mehr Jahren zurückgefordert werden kann! „Freilich läßt sich nicht verkennen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch steht", Unger S. 410; aber „von rein theoretischem Standpunkt" glaubt dieser Schriftsteller nicht anders entscheiden zu können. Sollte da nicht der „theoretische Standpunkt" unrichtig sein? Nach der im Text aufgestellten Regel ist ein solches Darlehn zu behandeln als ein Darlehn, welches nach acht Tagen zurückgefordert werden kann, so daß der Anspruch aus demselben nach acht Tagen zu verjähren beginnt. S. auch Wächter II §. 118 Note 15; dagegen namentlich; Thon S. 3 fg., Vangerow Arch. S. 312 u. Pand. I §. 147 Anm. Nr. II. 3, Demelius S. 177, Unger II §. 120 Note 6', s. auch die Note zu Seuff. Arch. XIX. 7. In der Praxis hat die hier vertretene Meinung noch keine Anerkennung gefunden; nur stellt die Praxis überwiegend der Kündigung das Ausbleiben einer Zinszahlung gleich. Seuff. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XIX. 7 Nr. 2. Gegen dieses Letztere: XIII. 122, [XX. 196]; umgekehrt gegen die Hinzurechnung der Kündigungsfrist im Fall des Ausbleibens einer Zinsenzahlung: XIII. 6. — Man muß aber auch bei der im Text aufgestellten Regel stehen bleiben, und nicht so weit gehen, auch dann sofortigen Beginn der Verjährung anzunehmen, wenn es in dem Belieben des Berechtigten steht, durch eine Handlung (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Wollens) den Anspruch entstehen zu machen; dieß ist die unrichtige Seite der Regel: toties praescribitur etc. etc. Daher beginnt z. B. die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Pfandsache erst mit Tilgung der Schuld (l. 9 §. 3 D. de pign. act. 13. 7), nicht sogleich mit Hingabe der Pfandsache. Vgl. Glück XIV S. 169 fg., Savigny S. 283. 299 fg., Vangerow Pand. I §. 147 Anm. Nr. II. 5, Unger §. 120 Note 5, Dernburg Pfandrecht I S. 159. 160; dawider, mit Berufung auf jene Regel, Unterholzner II §. 264. [Zrodlowski Arch. f. civ. Pr. LII. 14.]

β. Nichtausübung des Anspruchs.

§. 108.

Die zweite Bedingung der Anspruchsverjährung ist Nichtausübung des Anspruchs. Durch die Ausübung des Anspruchs wird die Verjährung, welche ihm mit seiner Entstehung bez. seiner Nichtbefriedigtheit zu laufen begonnen hat, aufgehoben, man sagt: unterbrochen[1]. Zur Unterbrechung der Verjährung ist aber nicht die volle Ausübung des Anspruchs, d. h. die Verwirklichung des dem Anspruch entsprechenden Verhaltens des Verpflichteten erforderlich; es genügt, daß kraft des Anspruchs irgend etwas von dem Verpflichteten erlangt wird, z. B. Zinsen, Abschlagszahlung, Pfand, Bürgschaft, neue Schuldurkunde[2], oder daß dem Verpflichteten etwas ihm

---

§. 108. [1] Quellenmäßige Ausdrücke: interruptio temporis, praeteriti temporis; interrupta temporum curricula; temporalis interruptio; interruptum silentium; interruptio schlechthin. L. 1 §. 1 l. 2. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. §. 5 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 5 C. de duob. reis. 8. 40. Die Idee der Unterbrechung gehört erst der späteren Verjährung an, Demelius Untersuch. S. 60—64. 96 fg.

[2] L. 7 §. 5 l. 8 §. 4 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 5 C. de duob. reis. 8. 40. Vgl. Savigny S. 314—316, Seuff. Arch. VIII. 9, [XX. 197 vgl. 188]. Genügt einfache Anerkennung? Dafür Unterholzner §. 262, Savigny S. 314. 315, Demelius Untersuch. S. 63. 100, Seuff. Arch. X. 223, XVI. 90. 91, XIX. 113; dagegen Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 108. — Manche behaupten, das eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermin ausschließe: Savigny S. 306 fg., Wächter II §. 118 Note 16; dagegen Demelius Untersuch. I S. 170 fg., Schirmer zu Unterholzner II S. 308 Note *, Unger II S. 408 in der Anm., Vangerow I S. 227 (in der 7. Aufl.; anders noch in der 6. S. 255), s. auch die Note 5 zu Seuff. Arch. XIX. 7. Sieht man den Grund, weßwegen die Zinszahlung die Verjährung unterbricht, nach der richtigen Auffassung darin, daß in den Zinsen der Gläubiger seinen Anspruch genießt, so ist jene Ansicht von selbst widerlegt (die Zinsen müßten denn zum Voraus gezahlt sein). Jene Ansicht steht aber unter dem Einfluß der Verletzungstheorie (§. 107 Note 5); erst mit dem Ausbleiben einer Zinszahlung, nimmt sie an, sei das Recht des Gläubigers auf das Kapital verletzt. In diesem Sinne ist entschieden in den Urtheilen bei Seuff. Arch. I. 312, IV. 201. VI. 3, XVII. 2, XIX. 7. — Wird die Verjährung auch dadurch ausgeschlossen, daß Zinsen von dem dritten Besitzer der Hypothek erlangt werden? Bejahend beantwortet durch einen Plenarbeschluß des geh. Obertribunals zu Berlin vom 2. Mai 1842 bei Seuff. Arch. I. 158.

Gebührendes vorenthalten wird[3]. Ja noch mehr, schon das genügt zum Ausschluß der Verjährung, daß der Berechtigte das Seinige thut, um sich die Befriedigung seines Anspruchs zu sichern, d. h. daß er Klage gegen den Verpflichteten erhebt[4], während durch bloße

---

[3] L. 7 §. 5 C. de praescr. XXX 7. 39. „Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis“. Savigny S. 314. Andere (Unterholzner II S. 308, Unger II §. 121 Note 23a) verstehen diese Stelle, gegen ihren Wortlaut, von der Ueberlieferung eines versprochenen Pfandes und der darin liegenden Anerkennung, so daß also der Pfandbesitz als solcher kein Grund der Ausschließung der Verjährung sein würde.

[4] Entscheidend ist der Zeitpunkt der Ladung, im schriftlichen Proceß der Mittheilung der Klageschrift an den Gegner. L. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. §. 5 C. de praescr. XXX 7. 39. Bei den alten temporales actiones war die entscheidende Thatsache die Niedersetzung des iudicium, die litis contestatio; der Prätor hatte iudicium bloß für eine gewisse Zeit versprochen, binnen dieser Zeit mußte iudicium auch erlangt worden sein. Zwei darauf bezügliche Stellen sind aus Versehen ohne Aenderung in die Pandekten aufgenommen worden, l. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, vgl. auch l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17. Auf Grund derselben wollen Einige bei den alten actiones temporales auch heutzutage noch auf die Litiscontestation sehen, so Vangerow I §. 151 Anm. 1 Nr. 2; dagegen Savigny V S. 318, Wächter Erörterungen III S. 193 Note 29. Auch bei den Schriftstellern, welche zwischen der alten und der neuen Verjährung nicht unterscheiden, finden sich abweichende Ansichten. 1. Die Unterbrechung der Verjährung trete erst mit der Zeit der Litiscontestation ein, werde aber auf die Zeit der Anstellung der Klage zurückbezogen; so Unterholzner I §. 124. 2. Sie trete mit der Ladung ein, aber mit gleicher Rückbeziehung auf die Zeit der Anstellung; so Puchta Pand. §. 90. p. Vorl. I S. 207. [Seuff. Arch. XXI. 194.] 3. Sie trete ohne Weiteres mit der Anstellung der Klage ein; so Sintenis I §. 31 Anm. 52, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 276 fg.; Seuff. Arch. XV. 90. Die im Text ausgesprochene Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden; vgl. namentlich L. E. Pfotenhauer über die Unterbrechung der Klagenverjährung (1843), Savigny V S. 316—318, Wächter Erörterungen III S. 89 fg., B. Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 139 fg., Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 44—48. [VI S. 57—59]. Seuff. Arch. VIII. 233 (S. 331), XIII. 231, [XXI. 195. 196], s. auch VIII. 228. — Die Verjährung der alten temporales actiones wurde auch durch Ueberreichung der Klagschrift an den Kaiser unterbrochen (l. 2 C. quando lib. 1. 20, l. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39), was natürlich für uns ohne Bedeutung ist. Vgl. Bethmann-Hollweg

Mahnung die Verjährung nicht unterbrochen wird[5]. Die Klage kann vor dem öffentlichen Richter erhoben werden, wobei jedoch erforderlich ist, daß derselbe für die Sache competent sei[6], aber auch vor dem vereinbarten Schiedsrichter[7]. Ist der Gegner nicht zu erreichen, so kann die Verjährung durch eine mündliche oder schriftliche Protestation vor Gericht unterbrochen werden; wenn auch diese nicht zu bewerkstelligen ist, so wird durch schriftliche Protestation vor der Gemeindebehörde, im Nothfall durch Anschlag einer von einem Notar oder drei Zeugen unterschriebenen Protestation am Wohnorte des Gegners die gleiche Wirkung erreicht[8].[9]

§. 109.

Unter gewissen Voraussetzungen findet, trotz dem daß der Anspruch nicht ausgeübt wird, Verjährung nicht Statt. Man sagt: die Verjährung steht still, ruht[1].

Handb. des Civilprozesses I §. 38. röm. Civilprozeß III §. 164. — Geltendmachung des Anspruchs durch Einrede: Seuff. Arch. XVIII. 107. Anders Unterholzner I §. 128, Savigny S. 321, Sintenis I §. 31 Anm. 52 z. E. — Die Erhebung der hypothekarischen Klage unterbricht auch die Verjährung des persönlichen Anspruchs und umgekehrt, Identität des Gegners vorausgesetzt. L. 3 C. de ann. exc. 7. 40. Seuff. Arch. XVIII. 106. Vgl. im Uebrigen Seuff. Arch. I. 7, V. 137, [XXI. 197, XXII. 207]. — [Anmeldung im Concurs: Seuff. Arch. XXII. 208.]

5 Savigny V S. 315, Wächter II S. 816. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

6 L. 7 C. ne de statu def. 7. 21. Bopp Arch. f. civ. Pr. XLII S. 97 fg. Seuff. Arch. XI. 7. — Wie ist es, wenn die Klage angebrachtermaßen abgewiesen wird? Bopp a. a. O. S. 106, Unterholzner I S. 446, Sintenis I §. 31 Anm. 53, Unger II §. 121 Note 28. Seuff. Arch. VI. 133, VIII. 228, IX. 250. 251, [XX. 101].

7 L. 5 §. 1 C. de rec. arb. 2. 56.

8 L. 2 C. de ann. 7. 40. Die Stelle verweist in Ermangelung des Gerichts an den Bischof oder defensor civitatis; die Gemeindebehörde substituirt passend Wächter II S. 817. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

9 Das OAG. zu Lübeck hat entschieden (Seuff. Arch. XVI. 93), daß die ungerechtfertigte Verhinderung der Klagerhebung von Seiten des Gegners die replica doli begründe.

§. 109. 1 Die Neueren sagen: praescriptio dormit. Das Ruhen der Verjährung kann eintreten, nachdem schon vorher eine Verjährung gelaufen ist, aber auch sofort mit der Entstehung des Anspruchs. Im ersten Fall läuft nach Beseitigung des Verhältnisses, durch welches die Verjährung stille gestellt

1. Die Verjährung läuft nicht, so lange dem Anspruche eine Einrede entgegensteht. Indem das Recht eine Einrede gegen den Anspruch gewährt, macht es die Geltendmachung des Anspruchs unmöglich, und würde daher mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es an die Nichtgeltendmachung desselben einen Nachtheil anknüpfen wollte[2]. Jedoch gilt von diesem Satze eine natürliche Ausnahme: der Berechtigte kann sich dann auf die seinem Anspruche entgegenstehende Einrede nicht berufen, wenn es in seiner Macht stand, die Einrede zu beseitigen, und es von ihm verlangt werden konnte, daß er sie beseitige[3].

---

worden ist, die frühere Verjährung fort, während durch die Unterbrechung der Verjährung (§. 108) die bis dahin abgelaufene Verjährung ein für alle Mal beseitigt wird, und nach Aufhören der Unterbrechung eine neue Verjährung begonnen werden muß.

[2] Die Neueren sagen: agere non valenti non currit praescriptio. Namentlich gehört hierher auch der Fall eines dem Schuldner gewährten, den Gläubiger bindenden Ausstandes. Gewöhnlich werden noch folgende Fälle besonders hervorgehoben: a) der Fall eines dem Schuldner gewährten Moratoriums, l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71; b) der Fall, wo ein Erbe mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat: während der für die Errichtung des Inventars ihm gewährten Frist darf er von den Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden, l. 22 §. 11 C. de iure del. 6. 30; c) der Fall, wo Baumaterial in ein fremdes Gebäude eingebaut ist: so lange dieses Gebäude steht, kann Herausgabe des Baumaterials nicht gefordert werden, §. 29 I. de R. D. 2. 1. Gerade in diesem letzteren Falle aber kommt nach der richtigen Meinung die aufgestellte Regel nicht in Anwendung; Beweis dafür ist, daß durch die Einfügung des Baumaterials auch die Ersitzung desselben nicht unterbrochen wird. Das Recht gibt hier für die ausgeschlossene Eigenthumsklage Ersatz in einem Entschädigungsanspruch. Vgl. §. 182 Note 13 in der zweiten Hälfte. [Seuff. Arch. XXI. 183, XXII. 285.]

[3] Die Frage nach der Einwirkung einer dem Anspruch entgegenstehenden Einrede auf seine Verjährung ist noch wenig genügend behandelt. Savigny (V S. 290) behauptet, daß keine Exception die Verjährung ausschließe, und darin folgt ihm für die dilatorischen (wie es scheint bloß für diese) Dernburg Pfandr. II S. 601, für die peremtorischen Unger II S. 410. Die dilatorischen sollen nach dem letzteren Schriftsteller die Verjährung dann ausschließen, wenn sie zu beseitigen „nicht in der Macht des Klagberechtigten liegt"; übereinstimmend Vangerow I §. 147 Anm. Nr. I. 3. Das ist in der Sache allerdings (Brinz S. 167), trotz des Leugnens Ungers (a. a. O Note 7a), ein Rückfall in die Regel: toties praescribitur etc. etc. Die im Texte aufgestellte Regel verlangt, damit trotz der Einrede Verjährung stattfinde, außer der Macht des

2. Die rechtliche Unfähigkeit des Berechtigten, seinen Anspruch geltend zu machen, ist im Allgemeinen als Hemmungsgrund für die Verjährung nicht anerkannt, da diese Unfähigkeit durch die dem Unfähigen zugeordnete Vertretung wiederaufgehoben wird[4]. Davon sind jedoch für wichtige Fälle Ausnahmen gemacht: es läuft keine Verjährung gegen die Kinder, deren Vermögen dem väterlichen Genußrecht unterliegt[5], keine gegen die Geschlechtsunreifen, und keine unter 30 Jahren gegen die Minderjährigen[6]. Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Verjährung des Eigenthumsanspruchs auf Herausgabe einer in fremder Hand befindlichen Dotalsache gegen die Frau erst von der Zeit an zu laufen beginnt, wo die Dos an dieselbe gefallen ist[7].

3. Factische Hindernisse der Geltendmachung des Anspruchs werden in Betracht gezogen, wo die in §. 104 erwähnte Berech-

---

Berechtigten auch, daß er die Einrede hätte beseitigen sollen. Danach ist z. B. zu entscheiden bei der Retentions- und Compensationseinrede (der Berechtigte hätte den Gegner für seinen Anspruch befriedigen sollen), bei der Excussionseinrede (daß der Gläubiger den Schuldner nicht belangt hat, war Nachlässigkeit, vgl. Girtanner Bürgschaft S. 477) 2c. Ebenso bei der s. g. exceptio non adimpleti contractus, vgl. II §. 321 Note 2. — Anders liegt es mit dem Anspruch desjenigen, welcher seinem Gläubiger eine Sache zum Faustpfand gegeben hat. Derselbe hat nicht einen Anspruch auf Rückgabe mit entgegenstehender Einrede der nicht getilgten Schuld; er hat einfach einen Anspruch auf Rückgabe des Pfandes nach getilgter Schuld, also keinen Anspruch vor getilgter Schuld, einen Anspruch, welchen er zwar hervorrufen kann, sobald er will, aber nicht durch eine einfache Willenserklärung (§. 107 Note 9 a. E.).

4 So bei juristischen Personen, Wahnsinnigen, Verschwendern. Unterholzner I §. 39, Savigny IV S. 436 fg. Seuff. Arch. XII. 121.

5 L. 1 §. 2 C. de ann. exc. 7. 40, l. 1 i. f. C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 22 c. 24 i. f. Unterholzner I §. 34. Seuff. Arch. II. 196.

6 L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, Nov. 22 c. 24 i. f., l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41. Unterholzner I §. 35, Haimberger Arch. f. civ. Pr. XXI S. 229–234, Vangerow I §. 148 Anm. 2 Nr. 1. 2. Für die Gleichstellung der Minderjährigen mit den Geschlechtsunreifen im heutigen Recht das Urth. bei Seuff. VII. 143; dawider die Nachschrift des Herausgebers und X. 224. [Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 396 fg.]

7 L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Sache liegt insofern nicht ganz gleich, wie in den zuvor genannten Fällen, weil der Frau vor Anfall der Dos der Anspruch gar nicht zusteht. Aber da sie in denselben eintritt, wie der Mann

nung der Zeit eintritt. Außerdem wird die Verjährung nur[8] noch durch feindlichen Einbruch[9], und bei Ansprüchen der römischen Kirche durch ein Schisma gehemmt[10].

γ. Zeitablauf.

§. 110.

Die Nichtausübung des Anspruchs, wie sie im Vorhergehenden näher bestimmt worden ist, muß die vorgeschriebene Zeit hindurch gedauert haben. Die Verjährungszeit beträgt regelmäßig 30 Jahre[1]. Für einzelne Ansprüche erhöht die Verjährungszeit sich auf 40[2],

---

ihn hatte, so müßte sie eigentlich die dem Manne gegenüber abgelaufene Verjährungszeit auch sich gegenüber anerkennen; dieß schließt die Constitution aus.

[8] Namentlich nicht durch Unwissenheit des Berechtigten, vgl. l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33, l. 3 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny III S. 407 fg. — Eine andere Frage ist, ob gegen den Ablauf der Verjährung nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, s. §. 119.

[9] C. 13. 14 C. 16 qu. 3, c. 10 X. de praescr. 2. 26. Darüber eine besondere Abhandlung von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 8; Unterholzner I §. 88 Note 296, Vangerow I §. 323 Anm. 2 Nr. 3.

[10] C. 14 X. eod.

[1] L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40. §. 110.

[2] In 40 Jahren verjähren: a) die Ansprüche der Kirchen und der milden Stiftungen, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Nov. 111. 131 c. 6; Unterholzner I §. 40. 41, Savigny V S. 354 fg.; b) der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes unter gewissen Voraussetzungen, l. 7 pr. §. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, vgl. §. 235 Note 27; c) jeder Anspruch, wenn seine Verjährung einmal durch Proceß unterbrochen worden, dieser aber liegen geblieben ist, l. 9 C. eod., l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, s. g. Verjährung der Litispendenz. Eine besondere Abhandlung darüber von Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 5. 6 (1829); vgl. außerdem Unterholzner I §. 125 Nr. 5, Savigny V S. 322—326, Wächter Erörter. III S. 96. 97, Buchka Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß II S. 55 fg., Vangerow I §. 152 Anm. 1; Seuff. Arch. II. 127, III. 2, VI. 5. Einige, auch solche, welche die Unterbrechung der Verjährung früher eintreten lassen, verlangen für diese neue 40jährige Verjährung, daß der Proceß bis zur Litiscontestation gediehen sei, indem sie auf dieselbe im Sinne des Justinianischen Rechts die in §. 108 Note 4 genannten Stellen beziehen, in welchen gesagt wird, daß die Litiscontestation die Ansprüche gegen den Einfluß des Zeitablaufes sichere, Puchta §. 96. g, Buchka a. a. O. S. 60 fg., Schirmer zu Unterh. I §. 124 Note 425a a. E. S.

in einem Falle auf 50[2a], in einem andern sogar auf 100 Jahre[3]; für andere Fälle erniedrigt sie sich auf 20, 10, 5, 4 Jahre, 1 Jahr, ½ Jahr, 2 Monate[4].

---

dagegen Linde a. a. O. S. 172 fg., Savigny S. 323, Wächter Erörter. III S. 97. 98. d) Gilt nicht die 40jährige Verjährungsfrist auch für die Ansprüche des Fiscus und des Landesherrn und seiner Gemahlin? Diese Frage wurde früher, was die Ansprüche auf bereits erworbenes Vermögen, wenigstens die Eigenthumsansprüche angeht, auf Grund von l. 4 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 14 C. de fund. patr. 11. 61, l. 6 §. 1 D. de I. F. 49. 14 allgemein bejaht; seit der Ausführung von Savigny V S. 359—361 ist die herrschende Meinung für die Verneinung. S. Vangerow I §. 148 Anm. 2 N. 4 (seit der 6. Aufl.), Sintenis I §. 31 Anm. 7 und die Citate in Note 3 des sogleich zu nennenden Aufsatzes von Heffter; auch Seuff. Arch. III 296, XVII. 112. In der neuesten Zeit sind aber für die frühere Meinung wieder eingetreten Heffter Jahrb. des gem. R. VI. 1 (1862) und Heimbach Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 2 (1865). Letzterer argumentirt bloß aus dem römischen Recht; Heffter beruft sich auf ein sich an l. 14 C. de fund. patr. anlehnendes, „auf übereinstimmender Rechtsansicht und Rechtsanschauung beruhendes deutsches Herkommen", „das durch die neueren Anfechtungen, welche erst vom dritten Jahrzehnt des gegenwärtigen Jahrhunderts stammen, und seither nicht die Praxis entschieden nach sich gezogen haben, für aufgehoben nicht erachtet werden könne". Die frühere Meinung ist festgehalten in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVIII. 14. Nicht hierher gehören, wie von Einigen behauptet wird, die Ansprüche der Städte (l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 111); Unterholzner I §. 45, Savigny V S. 359, Vangerow I §. 148 Anm. 2 Nr. 5, Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 6; Seuff. Arch. III. 297, XIII. 7 (s. aber auch III. 137).

[2a] Für den Anspruch auf Rückgabe des in einem verbotenen Spiel Verlorenen. S. II §. 420 Note 5.

[3] Für die Ansprüche der römischen Kirche, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Auth. *Quas actiones* zu l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, c. 17 C. 16 qu. 3, c. 13. 14. 17 X. de praescr. 2. 26, c. 2 eod. in VI° 2. 13. Unterholzner I §. 42, Savigny V S. 357. 358.

[4] S. die Aufzählungen bei Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht I §. 150, Böcking Grundr. S. 57. 58, Holzschuher I §. 19 Nr. 11. Hervorzuheben sind, als von allgemeinerer Natur, folgende Bestimmungen. In 20 Jahren verjähren die Ansprüche des Fiscus aus besonderen fiscalischen Rechten, l. 13 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 2 §. 1 — l. 4 §. 1 D. de requir. 48. 17, l. 1 §. 3 D. de I. F. 49. 14 (Ausnahmen: l. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 2 C. de vect. 4. 61). In Einem Jahre verjähren die aus dem prätorischen Rechte stammenden Delictsansprüche, auch die auf Schadensersatz, welche Regel jedoch nicht unbedingt wahr ist; Savigny V S. 353. 354, Puchta §. 91. ff.

Die Verjährungszeit braucht nicht zwischen denselben Personen abzulaufen. Wenn durch Rechtsnachfolge in den Anspruch ein anderer Berechtigter oder Verpflichteter eintritt, so wird dadurch der Anspruch kein anderer, und deßwegen läuft auch seine Verjährung ungestört weiter. Aber auch wenn bei dem Wechsel der Personen die Identität des Anspruchs nicht erhalten bleibt, kann es vorkommen, daß in die Verjährung des jetzt bestehenden Anspruchs die Verjährung des früher dagewesenen eingerechnet werden darf. Es ist dieß dann der Fall, wenn die Sache, auf welche ein dinglicher Anspruch begründet ist, durch Rechtsnachfolge an einen andern Besitzer gelangt[5].

δ. Redlichkeit des Verjährenden*.

§. 111.

Nach römischem Recht setzt die Anspruchsverjährung Redlichkeit (guten Glauben) des Verjährenden, d. h. Unkenntniß von dem gegen ihn begründeten Anspruch, entschieden nicht voraus. Das Gegentheil ist im canonischen Recht bestimmt[1], jedoch nicht für alle Ansprüche, sondern nur für diejenigen, welche auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen fremden Sache gehen[2].

---

[5] Dafür spricht die Analogie der Ersitzung und l. 7 §. 1. 2 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. L. 8 §. 1 D. eod. ist von einem Falle zu verstehen, wo die Sache ohne Rechtsnachfolge an einen neuen Besitzer gelangt ist. Vgl. Savigny V S. 362—364, Dernburg (der ältere) Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 12 (1851), Wächter II S. 815, Demelius Unters. S. 95 Note 15, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 199. — Uebrigens unterscheidet man gewöhnlich zwischen den im Text genannten Fällen nicht, und spricht in beiden von accessio temporis, von welcher doch nur im zweiten Falle geredet werden darf.

* Unterholzner I §. 92, Savigny V §. 244—246. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung §. 19—31 (1820). Hildenbrand de bona fide rei propriae debitoris ad temporis praescriptionem haud necessaria (1843). Ders. Geschichte der Bestimmungen des canon. R. bei der Ersitzung und Klagverjährung, Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 2 (1853).

[1] Noch Gratian trägt das reine römische Recht vor (c. 15 C. 16 qu. 3). §. 111.
Dagegen zwei untergeschobene canones, die im Corp. iur. can. als c. 3 u. 5 X. de praescr. 2. 26 stehen; ihr Inhalt wurde durch das 4. lateranensische Concil (c. 20 X. eod.) bestätigt. Hildenbrand a. a. O.

[2] Seuff. Arch. VI. 3, VII. 4, XI. 6. 266, vgl. I. 403. Die früher

c. Wirkung der Anspruchsverjährung.

§. 112.

Die Verjährung hebt den Anspruch auf. Nicht an und für sich: an und für sich fährt er fort zu bestehen; aber sie hebt ihn auf durch Begründung einer ihn ausschließenden Einrede[1].

Mit der Beseitigung des Anspruchs ist nicht nothwendigerweise auch das ihm zu Grunde liegende Recht beseitigt. In dieser Beziehung ist wieder zu unterscheiden zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. Das persönliche Recht geht in dem Anspruch auf, es besteht in dem Anspruch; der Untergang des

---

herrschende Meinung (s. Savigny §. 244. 1, Hildenbrand im Arch. S. 47) bezog die genannten Stellen auf die Verjährung der Ansprüche überhaupt, obgleich sie nur von Ansprüchen gegen Besitzer fremder Sachen reden (vgl. auch Hildenbrand im Arch. S. 48); sie wird von neueren Schriftstellern nicht mehr vertheidigt. Es ist aber unter denselben Streit darüber, ob unter diesen Ansprüchen gegen Besitzer fremder Sachen (genauer: Ansprüchen gegen Besitzer von Sachen, an welchen einem Andern ein dingliches Recht zusteht, Savigny S. 337) bloß dingliche, oder auch persönliche (z. B. aus dem Miethvertrage) zu verstehen seien. Man wird sich für die letztere Meinung erklären müssen, da ein genügender Grund für die Beschränkung jener Stellen gegen ihren Wortlaut nicht vorliegt. Auch steht auf dieser Seite die Mehrzahl der Schriftsteller, Unterholzner, Möllenthiel, Savigny, Hildenbrand an den angef. Orten, Sintenis I §. 31 Anm. 55, Wächter §. 118 Note 23, Arndts §. 109; für die erstere Meinung sind Puchta §. 90. aa, Brinz I S. 172. Entschieden unrichtig, und namentlich in Widerspruch mit der Geschichte dieser Bestimmung (Hildenbrand a. a. O.) ist eine vierte Meinung, welche die Bestimmung gar nicht auf die Anspruchsverjährung, sondern nur auf die Ersitzung, für welche das Erforderniß fortdauernden guten Glaubens habe eingeführt werden sollen, bezieht (Kierulff S. 208. 209, Seuffert Erörterungen S. 133 fg. und Lehrb. I §. 28 a. E.). S. gegen diese Meinung auch Savigny V S. 332—334; sie ist jedoch in der Praxis stark vertreten, s. Seuff. Arch. I. 6. 403, VII. 4, XII. 245, XIII. 80, XIV. 203, XVIII. 205, [XXI. 4].

§. 112. [1] Um so weniger darf behauptet werden, daß der Richter auf die Anspruchsverjährung von Amts wegen Rücksicht nehmen dürfe. So auch die herrschende Meinung, s. Krüll Arch. f. civ. Pr. I. 28, Lotz das. I. 29, Unterholzner I §. 138, Bayer Vorträge S. 622, Bopp im Arch. f. civ. Pr. XLII S. 107—109; Seuff. Arch. VIII. 302, XIX. 8. Dagegen Pfeiffer prakt. Ausführungen I. 2. VII. 2, v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 77 fg., Sintenis I §. 19 Anm. 61. Zwischen der alten und der neuen Verjährung will unterscheiden Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX S. 104 fg.

Anspruchs ist also auch sein Untergang. Dagegen geht das dingliche Recht in dem Anspruch, welcher aus demselben gegen eine bestimmte Person erwachsen ist, nicht auf; dieser Anspruch ist nur eine Aeußerung des dinglichen Rechts, der eigentliche Inhalt des dinglichen Rechts besteht in der Beherrschung der Sache, und dieser Inhalt dauert auch nach Beseitigung jenes Anspruchs im Uebrigen ungeschmälert fort[2]. — Wenn vielfach behauptet wird[3], daß die Verjährung des obligatorischen Anspruchs das obligatorische Recht nicht vollständig, sondern nur in dem Maße beseitige, daß eine natürliche Verbindlichkeit mit den ihr eigenthümlichen Rechtswirkungen übrig bleibe[4], so fehlt es dieser Ansicht an der nöthigen Begründung[5]. —

---

[2] Kommt daher nach Verjährung des Eigenthumsanspruchs die Sache in den Besitz eines Andern, der nicht Rechtsnachfolger desjenigen ist, welcher die Verjährung gegen den Anspruch vollendet hat, so kann der Eigenthümer die Sache zurückfordern, als wenn gar keine Verjährung gegen ihn abgelaufen wäre; l. 8 §. 1 C. de praesc. XXX 7. 39.

[3] Namentlich von Savigny Syst. V §. 248—251. Obl. R. I S. 96—98, außerdem unter den Neueren von Francke civil. Abhandlungen S. 73 fg. (1826), Guyet Arch. f. civ. Pr. XI. 5 (1828), Puchta Instit. II S. 410—412. Pand. §. 92 u. Vorles. zu diesem §. mit Beil. VI, ferner von den in der folgenden Note Genannten. Die entgegengesetzte Meinung ist am Ausführlichsten vertheidigt worden von Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 1 (1832. 2. Aufl. 1847 mit Anh.): s. außerdem Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 70 fg. (1827), Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 22 (1828), Vermehren das. II. 9 (1829), Kierulff S. 210 fg., Sintenis I §. 31 Anm. 57, Wächter II §. 119, Vangerow I §. 151 Anm., Dahn über die Wirkung der Klagenverjähr. bei Obligationen (1855), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 14 (1860), Schwanert die Naturalobligationen §. 22 (1861; die beiden letzteren Schriftsteller lassen aber nach der Verjährung außer dem Pfande [s. Note 5] auch den Bürgen forthaften), v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. VII S. 346—348 (1865); Seuff. Arch. IX. 253. Eine mittlere Meinung unterscheidet zwischen der alten und der theodosischen Verjährung; jener schreibt sie die stärkere Wirkung zu, dieser die schwächere. So Unterholzner Schuldverhältnisse I S. 528, Brinz I S. 164. 165, [Dernburg Pfandrecht II S. 587], während Demelius Untersuch. S. 64 fg. zwar der alten Verjährung mit Bestimmtheit die stärkere Wirkung beilegt, in Betreff der späteren aber die Frage offen läßt. Dagegen namentlich Bekker a. a. O. S. 424 fg.

[4] Man schreibt der s. g. naturalis obligatio alle Rechtswirkungen zu, welche überhaupt einer Obligation zukommen, mit Ausnahme des Klagerechts. Das Richtige ist, daß sie alle diese Rechtswirkungen haben kann, ohne sie noth-

Mit der hier behandelten Frage steht eine andere in unmittelbarem Zusammenhange, die nach der Verjährbarkeit der Ein-

---

wendigerweise haben zu müssen. Unter den Vertheidigern der schwächeren Wirkung finden sich denn auch Solche, welche wenigstens keine Gegenrechnung gegen Forderungen des Schuldners nach vollendeter Verjährung mehr zulassen wollen, so Mühlenbruch II §. 481, Unterholzner Verjähr.-Lehre II §. 258. Schuldverhältnisse I §. 247. Keller §. 89 will auch constitutum und Bürgschaft ausschließen. Andererseits lassen Vertheidiger der stärkeren Wirkung die Obligation nach der Verjährung gerade für die Bürgschaft fortdauern (Bekker und Schwanert in Note 3). In Betreff der Fortdauer des Pfandrechts s. die folgende Note.

[5] Diese Ansicht hat zwei Hauptquellen, welche sich freilich nicht bei allen ihren Vertheidigern in gleicher Weise geltend machen, welche ihr aber abgegraben werden müssen, wenn sie nicht immer wiederkehren soll. 1. Man sagt: es verjährt ja nur die Klage; also bleibt das Recht, insoweit es ohne Klage bestehen kann, unberührt. Dieses Argument trifft uns nicht, die wir in der actio nicht die Klage, sondern den Anspruch sehen; vgl. Windscheid die Actio S. 31—41. Die Widerlegung derjenigen, welche von Klagenverjährung reden, kommt auch hier wieder (vgl. §. 107 Note 5) auf das Nämliche hinaus. 2. Es ist nicht zu leugnen, daß das natürliche Rechtsgefühl die verjährte Schuld nicht weniger als Schuld anerkennt; der rechtliche Mann erfüllt sie, obgleich sie verjährt ist. Es ist auch wahr, daß die naturalis obligatio des römischen Rechts gerade die auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation ist. Aber es ist nicht wahr, daß jede auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation auch von dem positiven Recht wenigstens bis zu einer gewissen Grenze anerkannt werde. S. II §. 287. 289. — Unter dem, was an Quellenzeugnissen für die hier verworfene Meinung beigebracht worden ist, hat bei Weitem den meisten Schein, daß die Verjährung des persönlichen Anspruchs den Pfandanspruch nicht aufhebt (l. 7 C. de praesc. XXX 7. 39, vgl. l. 2 C. de luit. pign. 8. 31). Aber der Pfandanspruch kann bestehen auch ohne eine außer ihm liegende Forderung, er kann seine Forderung in sich selbst tragen; das römische Recht hat das in solchen Fällen anerkannt, wo die durch das Pfandrecht versicherte Obligation ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist (l. 13 §. 4 D. pign. 20 1, l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3), theoretisch aber durch die Annahme vermittelt, daß eine naturalis obligatio übrig bleibe („remanet propter pignus naturalis obligatio", l. 59 pr. cit.); es wird also nicht Fortdauer des Pfandrechts wegen der naturalis obligatio, sondern Fortdauer der naturalis obligatio wegen des Pfandrechts, und nicht weiter, angenommen. Dieß gegen Savigny V S. 391 fg., Brinz S. 164 unt. Vgl. 225 Nr. 2. §. 249 Nr. 1. — Wenn man nach den Gründen für die hier vertheidigte Ansicht fragt, so ist zu antworten, daß ein besonderer Beweis für dieselbe nicht geführt zu werden braucht; denn es ist eine entschiedene Anomalie, wenn eine zerstörliche Einrede nicht die ganze Obligation wegnimmt (Wächter II §. 119 Note 2). Diese Ansicht ist

reden[6]. Einreden als solche sind der Natur der Sache nach der Verjährung nicht unterworfen, da der Berechtigte sie nicht geltend machen kann, wann er will, sondern zu diesem Ende die Erhebung des Anspruchs abwarten muß[7]. Einreden können daher nur in

---

also als die richtige anzunehmen, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt ist, und dieser kann nicht geführt werden. Was den aus der Fortdauer des Pfandrechts gezogenen Beweis angeht, s. zuvor; gegen die Argumentation aus l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6 s. Savigny selbst S. 375 fg.; gegen dessen Berufung darauf, daß die Einrede der Verjährung auf dem positiven Rechte, nicht auf dem ius gentium beruhe (S. 377 fg.), spricht die exc. SCi Velleiani, der gegenüber Savigny sich nur durch Annahme einer Ausnahme zu helfen weiß, und die exc. legis Cinciae (Vat. Fr. §. 266); wenn man endlich geltend macht, daß Exceptionen nicht verjähren, so hat dieser Satz nicht den Sinn, daß auch das den Exceptionen zu Grunde liegende Recht nicht durch Verjährung verloren werden könne. Von der anderen Seite ist zuzugeben, daß die für die hier gebilligte Ansicht angeführten Quellenzeugnisse einen vollkommen entscheidenden Beweis für dieselbe nicht enthalten, weder diejenigen, in denen es heißt, daß durch Ablauf der Zeit Befreiung des Schuldners oder Beendigung der Obligation eintrete (l. 10 pr. D. si quis caut. 2. 11, l. 8 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 1 §. 3 D. quando de pec. 15. 2, l. 1 §. 7 D. de contr. tut. act. 27. 4, l. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 §. 2 D. de fidei. 46. 1 u. a. m.), weil es bei diesen Stellen theils nicht sicher ist, daß sie von der Verjährung handeln, jedenfalls aber mit ihrem Ausdruck Fortdauer einer naturalis obligatio verträglich ist, — noch l. 37 D. de fidei. 46. 1, l. 38 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8, bei denen ebenfalls die Beziehung auf eine sonstige Zeitwirkung immerhin möglich bleibt (für l. 37 cit. gibt noch eine andere Erklärung Savigny S. 397 fg.). Dieses letztere Argument haben Unterholzner Verjährungslehre II S. 298 und Puchta Vorles. I S. 471 auch gegen l. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5 geltend zu machen gesucht; Andere geben, wie es kaum anders möglich ist („temporali actione obligatum"), zu, daß dieselbe von der Verjährung handele. Ist dieß aber der Fall, so will auch die Möglichkeit nicht einleuchten, wie ihr gegenüber die schwächere Wirkung zu halten ist (unbefriedigende Versuche s. bei Savigny S. 401. 402, Schirmer zu Unterh. S. 294, vgl. Demelius Unters. S. 74 fg.; die neueste Stimme dawider Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 71—73).

[6] Sommer rechtswissenschaftliche Abhandlungen (Gießen 1818) S. 1—52. Unterholzner II §. 156—160. Pfeiffer prakt. Ausführungen III. 3. VII. 9. Savigny V S. 253—255. Sintenis I S. 314—315, Unger II S. 510—513, Keller §. 92, Holzschuher I §. 19 Nr. 22. 23.

[7] L. 5 §. 6 D. de doli exc. 44. 4: — „cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur".

der Weise durch Verjährung beseitigt werden, daß das Recht verjährt, auf welchem sie beruhen, und zwar vollständig, nicht bloß für die Klage. Nach der hier vertretenen Ansicht wird demnach durch die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht auch die auf das dingliche Recht zu gründende Einrede beseitigt, wohl dagegen durch die Verjährung des obligatorischen Anspruchs die auf der Obligation beruhende Einrede. Es ist jedoch wohl zuzusehen, ob es auch wirklich nur die Obligation ist, welche die Einrede begründet; hat die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so wird sie natürlich von der Verjährung der Obligation nicht berührt[8].

3. Die unvordenkliche Verjährung*.

§. 113.

Eine unvordenkliche Verjährung liegt da vor, wo ein Zustand seit Menschengedenken bestanden hat[1]. Daß ein solcher Zustand

---

[8] Savigny a. a. O. behauptet ohne Grund, daß wenn neben einer Klage eine Einrede anerkannt sei, dieselbe immer eine selbständige Existenz habe. Vgl. Unger II §. 125 Note 44—46, Brinz S. 171. Beispiele: die Einrede des Betruges hat neben der Klage (dem Anspruch) aus dem Betruge auf Schadensersatz eine selbständige Existenz, daher l. 5 §. 6 D. de dol. exc. 44. 4 (vgl. Windscheid die Aktio rc. S. 40 Note 5, aber auch Savigny S. 431 unt.); dagegen ist die Einrede desjenigen, der eine fehlerhafte Sache gekauft hat (l. 59 D. de aed. ed. 21. 1), nur darauf gegründet, daß er Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann. Ebensowenig hat eine selbständige Existenz die Compensationseinrede (s. II §. 350 Note 2), wohl dagegen die s. g. exceptio non adimpleti contractus; dieselbe gründet sich nicht darauf, daß der Gegner seinerseits leisten müsse, sondern darauf, daß er gegen die Absicht des Vertrages verstoße, wenn er fordere, ohne seinerseits zu leisten (s. II §. 321 Note 2). Die Durchführung der hier gemachten Unterscheidung ist übrigens das Schwierige in dieser Lehre. Ueber l. 5 und 6 C. de exc. 8. 36 s. Savigny S. 432—435. [Seuff. Arch. XXI. 7. Vgl. auch III §. 585 Note 7a.]

* Unterholzner I §. 140—150. Kritz exegetisch-praktische Abhandlungen Nr. 6 (1824). Pfeiffer prakt. Ausführungen II. 1. (1828). Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1835). Arndts Beiträge I. 3 (1837). Savigny IV §. 195—201 (1841). Buchka der unvordenkliche Besitz (1841). Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1843). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 8 (1844). Sintenis I §. 51. D.

§. 113. [1] — „cuius origo memoriam excessit", l. 3 §. 4 D. de aqua quot. 43. 20; — „an operis facti memoria exstet", l. 28 D. de prob. 22. 3; —

nicht weiter angefochten werden dürfe, ist in einzelnen Anwendungen bereits im römischen Rechte anerkannt[2]; das canonische Recht faßt die unvordenkliche Verjährung auf als allgemeine Ergänzung der ordentlichen Verjährung für solche Fälle, wo deren Bedingungen nicht vorliegen[3], und in diesem Umfange ist das Institut durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht um so bereitwilliger anerkannt worden, als sich im älteren deutschen Rechte ähnliche Ideen finden[4].

Die unvordenkliche Verjährung sanctionirt alle Zustände der Rechtsausübung[5] und Rechtsnichtausübung (der Freiheit von einer

„cuius memoria non exstat“ l. 2 §. 7 cf. §. 1. 3. 4. 5. 8 D. de aqua et aquae 39. 3; — „cuius contrarii memoria non exsistat“, c. 1 de praescr. in VI°. 2. 13.

[2] Das römische Recht gebraucht dabei den Ausdruck vetustas. L. 1 §. 23 l. 2 pr. §. 1. 3. 5. 7. 8 D. de aqua et aquae 39. 3, — l. 26 eod., l. 3 §. 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 7 C. de serv. 3. 34, — l. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. 43. 7. Gegen die Beziehung der vetustas auf die Unvordenklichkeit hat sich erklärt Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandl S. 173 fg. 186 fg. 195.

[3] Es wendet auch bereits den Ausdruck praescriptio auf dieselbe an. C. 1 de praescr. in VI° 2. 13; s. auch c. 26 X. de V. S. 5. 40.

[4] Gegen die Herleitung des Institutes aus dem altgermanischen Rechte (Buchka, Friedländer) s. Pfeiffer Zeitschr. f. deutsches R. VIII. 1. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. §. 66 Note 4, Beseler deutsch. Privatr. S. 170—171. — Anwendungen in Reichsgesetzen: A. B. c. VIII §. 1. 2. c. XXVIII §. 5, R. A. 1548 §. 56. 59. 64, R. A. 1576 §. 105. — Nach der in alter und neuer Zeit vorherrschenden Ansicht soll durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit ein Rechtszustand nicht sowohl begründet, als vielmehr seine Begründetheit (sein Begründetsein durch eine frühere, dem Gedächtniß entschwundene Thatsache) bewiesen, außer Zweifel und Streit gestellt werden. Dafür unter den Neueren namentlich Schelling, Arndts, Savigny, Buchka; dawider Unterholzner S. 521—522, und namentlich Pfeiffer II S. 80 fg. VII S. 232 fg. Der Streit ist praktisch gleichgültig (Pfeiffer VII S. 241—244); jedenfalls läßt sich für jene Auffassung kein derartiger Beweis erbringen, daß aus ihr argumentirt werden dürfte. Gegen sie spricht die Unbefangenheit, mit welcher das canonische Recht und die Reichsgesetze den Ablauf der unvordenklichen Zeit unter den Begriff der praescriptio stellen (c. 1 de praescr. in VI° 2. 13, R. A. 1548 §. 56). [Blätter f. RAnwend. XXXIII S. 17 fg. 31 fg., Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 65. 68. 95 fg.]

[5] Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden auch durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben. Diesen

Last)[6]. Sie setzt voraus, daß der betreffende Zustand ununterbrochen[7] so lange bestanden habe, wie das Gedenken der jetzt[7a] lebenden Generation reicht[8]. Dieses Gedenken beruht aber nicht bloß auf eigener Wahrnehmung, sondern auch auf den Berichten, welche die jetzt Lebenden von den bereits Gestorbenen vernommen haben. Der Beweis der unvordenklichen Verjährung ist also auf ein Doppeltes zu richten: 1) auf das Bestehen des betreffenden Zustandes innerhalb derjenigen Zeit, welche die eigene Wahrnehmung der jetzt lebenden Generation umfaßt; 2) darauf, daß die jetzt lebende Generation auch durch Mittheilung ihrer Vorfahren von dem Nichtbestehen dieses Zustandes keine Kunde habe[9].

Sinn hat es, wenn man für die unvordenkliche Verjährung juristischen Besitz erfordert. Vgl. Pfeiffer II S. 12 fg. VII S. 181 fg. Ueber die s. g. res merae facultatis s. dens. II S. 17 fg. 107. VII S. 188 fg. — Die Ansicht Savigny's, welcher die unvordenkliche Verjährung auf Rechte von publicistischem Charakter beschränken will (IV S. 484. 510. 513 fg.), hat in der Theorie wenig Anklang gefunden (ihr folgt nur Friedländer II S. 67 fg.), und auf die Praxis geringen Einfluß ausgeübt; ihr folgt ein Erk. bei Seuff. XIV. 112 [vgl. XXI. 97], dagegen das. V. 250, VI. 144, IX. 120, XVI. 173, XIX. 120. Umgekehrt wird die unvordenkliche Verjährung gerade bei solchen Rechten für unanwendbar erklärt in dem Erk. bei Seuff. I. 170 Vgl. Pfeiffer VII S. 246—248. — Gegenstände der unvordenklichen Verjährung im Einzelnen: Pfeiffer II S. 106 fg. VII S. 248 fg. Auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse, insofern bei denselben eine dauernde Ausübung möglich ist, findet sie Anwendung. Vgl. II §. 464 Note 4 und Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 8 (1855). Seuff. Arch. VII. 5. 269, XIII. 127, XVIII. 116, XIX. 104, [XX. 102]; dagegen I. 183. Reallasten: Pfeiffer VII S. 259 fg. — Ausgenommen von dem Erwerb durch unvordenkliche Verjährung sind natürlich solche Rechte, die überhaupt nicht erworben werden können. Pfeiffer II S. 101 fg., Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 56 fg.

[6] Pfeiffer II S. 15—16. 113. VII S. 183—184. 187. Seuff. Arch. I. 171, V. 55.

[7] Savigny S. 526, Pfeiffer II S. 22—26. VII S. 194—196.

[[7a] Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI Nr. 27.]

[8] Das Erforderniß des Titels ist nach dem Begriff der unvordenklichen Verjährung ausgeschlossen; bona fides versteht sich von selbst. Savigny S. 527, Pfeiffer II S. 28—35. VII S. 197—198.

[9] L. 2 §. 8 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 28 D. de prob. 22. 3. Ueber die letztere Stelle vgl. Glück XXI S. 405 fg., Unterholzner I S. 502, Savigny IV S. 518. 535, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV

Als gehörig qualificirte Repräsentanten der jetzt lebenden Generation läßt man in der Praxis schon solche Personen zu, deren Erinnerung wenigstens die letzten 40 Jahre umfaßt[10]. Der Gegenbeweis[11] ist erbracht, wenn bewiesen ist, daß der betreffende Zustand zu einer Zeit, welche innerhalb der letzten zwei Menschenalter liegt[12], nicht bestanden habe; der Beweis des Nichtbestehens des betreffenden Zustandes zu einer Zeit, welche über die letzten zwei Menschenalter hinausliegt, reicht zum Gegenbeweis nur dann aus, wenn zugleich eine unrechtmäßige Entstehung des Zustandes und deren fortgehender, ununterbrochener Zusammenhang mit dem späteren Zustand nachgewiesen wird[13].

S. 301—305. Ueber den negativen Theil des Beweises überhaupt s. Pfeiffer II S. 27. 28. §. 10. 11. VII §. 10. 11. Im Besonderen: es ist nicht erforderlich der Beweis positiver Mittheilung von Seiten der Vorfahren über das Bestehen des Zustandes, sondern es genügt der Beweis nicht erfolgter Mittheilung über sein Nichtbestehen. Pfeiffer II S. 43 fg. VII S. 201 fg. Vgl. Seuff. Arch. I. 172. Wird aber die unvordenkliche Verjährung nur ausgeschlossen durch eine auf eigener Wahrnehmung beruhende Mittheilung der Vorfahren über das Nichtbestehen des Zustandes, oder genügt eine Mittheilung der Vorfahren über eine ihrerseits von ihren Vorfahren gemachte Mittheilung und so fort? Die Frage muß nach l. 28 cit. jedenfalls für den in dieser Stelle bezeichneten Fall einer Grundanlage in letzterem Sinne beantwortet werden; bei diesem Fall wollen aber auch stehen bleiben Pfeiffer II S. 76 und Savigny S. 535; dawider Seuff. Arch. XI. 113. Ersatz des negativen Theils des Beweises durch den positiven Beweis des Bestehens des betreffenden Zustandes innerhalb des vorletzten Menschenalters: Pfeiffer VII §. 14, Savigny S. 524, Seuff. Arch. XI. 12.

[10] Dieß ist angenommen worden mit Rücksicht auf c. 1 de praescr. in VI°. Unterholzner §. 148, Pfeiffer II S. 21—22. 36—38. VII S. 193—194. 207 fg., Savigny S. 520; Seuff. Arch. III. 116, XI. 12, XIV. 9; XIV. 205. — Beweis durch andere Beweismittel als Zeugen: Unterholzner S. 526. 527, Savigny S. 523—525, Pfeiffer II §. 14. 15. VII §. 14. 15; Seuff. Arch. VII. 6, IX. 121, XI. 12.

[11] Ueber den Gegenbeweis überhaupt: Unterholzner S. 527—529, Pfeiffer II §. 16—18. VII §. 16—18, Savigny S. 525 fg.

[12] Nach der Analogie des zu Note 10 Gesagten zu je 40 Jahren gerechnet. Vgl. Savigny S. 524.

[13] Pfeiffer II S. 70—71. VII S. 243—244, Savigny S. 534. Seuff. Arch. XI. 12. 113, XIX. 121, [XXII. 13. 14. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI Nr. 28].

V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*.

A. Begriff und Wesen.

§. 114.

Juristischen Thatsachen kann aus bestimmten Gründen die ihnen an und für sich zukommende rechtliche Wirkung durch richterlichen Spruch wieder entzogen werden. Für besondere juristische Thatsachen gelten in dieser Beziehung besondere Grundsätze[1]; es gibt aber auch Grundsätze über die Wiederaufhebung rechtlicher Wirkungen durch richterlichen Spruch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt beziehen. Diese Grundsätze bilden die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[2].

Das Charakteristische der Wiedereinsetzung i. d. v. Stand besteht zunächst darin, daß einer juristischen Thatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzogen wird[3]. Diese

---

* Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer: Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831). Außerdem sind zu bemerken: v. Schröter über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 3 (1833), Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des röm. Rechts S. 216—307 (1834). Savigny VII §. 317—343 (1848); Glück V S. 392 fg. VI S. 1 fg.; Wächter II §. 124—127, Sintenis I §. 36, Vangerow I §. 175—188.

§. 114. [1] Dahin gehören namentlich die bonorum possessio contra tabulas und die querela inofficiosi testamenti.

[2] Der römische Ausdruck ist in integrum restitutio oder integri restitutio. Die Wortfolge restitutio in integrum ist äußerst selten. Savigny VII §. 315. a.

[3] Wenn man, wie gewöhnlich geschieht, bei der Betrachtung der Wiedereinsetzung davon ausgeht, daß sie die Wiederherstellung eines früheren Zustandes sei, so muß man scharf betonen, daß unter Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht zu verstehen sei Herstellung eines gleichen Zustandes, wie der früher dagewesene, sondern Herstellung des identischen früher dagewesenen, was eben nur durch Negation der Abänderung (der abändernden Kraft) möglich ist. Macht man diese Unterscheidung nicht, so ist jener Ausgangspunkt verwirrend; es stellt sich dann von ihm aus Vieles als zur Wiedereinsetzung gehörig dar, was nichts mit ihr gemein hat, und erst mit Mühe wieder entfernt werden muß. Namentlich die Aelteren wußten eine große Menge von uneigentlichen Restitutionen zu nennen. Man muß sich nur wundern, daß sie zur Wiedereinsetzung nicht auch den Fall rechneten, wenn der Erwerber einer Sache das

Thatsache ist unter Umständen eingetreten, unter denen das Recht es nicht zulassen zu dürfen glaubt, daß sie die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung ausübe[4]. Statt ihr aber diese Wirkung selbst abzusprechen, überläßt das Recht dieß — und darin liegt die zweite Eigenthümlichkeit der Wiedereinsetzung — dem Richter, und sichert sich damit eine erschöpfende Beachtung der besonderen Momente des einzelnen Falles[5]. — Ein anderer Weg,

---

Eigenthum derselben aus irgend einem Grunde dem früheren Eigenthümer überträgt; auch in diesem Falle liegt — in jenem vagen Sinne — die Wiederherstellung eines früher dagewesenen Zustandes vor. Den hier getadelten Standpunkt theilt noch Burchardi §. 1. — Richtig ist allerdings, daß der Sprachgebrauch der Quellen kein ganz strenger ist, daß sie die Ausdrücke in integrum restituere, in integrum restitutio zuweilen auch für andere Wiederherstellungen früherer Zustände, als diejenigen, um welche es sich hier handelt, gebrauchen. Vgl. l. 58 D. de pactis 2. 14, l. 1 §. 9. 10 D. de post. 3. 1, l. 1 §. 2 D. ad leg. Iul. de ambitu 48. 14, l. 1 C. de sent. passis 9. 51, und die Stellen in Note 6.

[4] Man pflegt jetzt zu betonen, daß die Wiedereinsetzung ihren Grund in der Reaction der Gerechtigkeit gegen die Härten des bestehenden Rechts habe, vgl. namentlich Puchta Justit. II §. 177. Es ist das ohne Zweifel richtig: aber ich glaube nicht, daß damit etwas der Wiedereinsetzung Eigenthümliches bezeichnet ist. Die in integrum restitutio z. B. der Minderjährigen ist eingeführt worden, weil es unbillig erschien, daß der Minderjährige durch seine Rechtshandlungen in Nachtheil komme; aber auch die exceptio SC[i] Velleiani ist aus keinem anderen Grunde eingeführt worden, als weil es unbillig erschien, daß die Frau durch ihre Bürgschaften ꝛc in Nachtheil komme. Daß der Schutz der Minderjährigen durch das prätorische Edict eingeführt worden ist, der Schutz der Frauen durch eine civilrechtliche Quelle, rechtfertigt nicht die Annahme, daß es sich in jenem Falle mehr, als in diesem, um die Realisirung dessen gehandelt habe, was dem geltenden Recht gegenüber als die höhere Gerechtigkeit erschien. Denn auch der Prätor ist Organ der Rechtsordnung. Aber auf diesem Wege wurde Burchardi (§. 3) ganz consequent zu der Annahme gedrängt, daß die in integrum restitutio eine Sache nicht des Rechts, sondern der Gnade sei. S. dagegen Schröter S. 169 fg. Vgl. aber auch Savigny S. 117.

[5] Daß sich der römische Prätor bei der Ertheilung der in integrum restitutio eine besondere Freiheit des Ermessens vorbehalten habe, geht aus l. 3 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 1 §. 1 D. de min. 4. 4 hervor, und darauf beruht es auch, daß die i. i. r. ein extraordinarium auxilium genannt wird (l. 16 pr. D. de min. 4. 4). Ebenso wahr ist es freilich, daß bereits der spätere römische Richter eine ganz andere Stellung einnahm (vgl. namentlich Savigny §. 317). Daher „muß bei unbefangener Betrachtung eingeräumt wer-

welchen das Recht hier einschlagen kann, ist der, daß es dem durch das Eintreten der rechtlichen Wirkung Benachtheiligten gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist oder jetzt besteht, einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gibt. Die Verwechslung dieses Falles mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt nahe; der Unterschied ist aber der, daß in demselben die Herstellung des früheren Zustandes, wenn sie auch durch richterlichen Spruch erzwungen werden kann, immerhin nicht durch richterlichen Spruch, sondern durch Privatthätigkeit erfolgt, und nicht dadurch, daß der Thatsache, auf welcher der bisher dagewesene Zustand beruht, ihre wirkende Kraft entzogen wird, sondern dadurch, daß das von ihr Gewirkte durch die Erzeugung einer anderen rechtlichen Wirkung verdrängt wird (vgl. Note 3). Es handelt sich in diesem Falle um obligatorische Ansprüche gewöhnlicher Art, die sich von anderen obligatorischen Ansprüchen nur durch ihren Inhalt unterscheiden[6]; ihre nähere Betrachtung gehört in das Obligationenrecht[7].

---

den, daß dieses Institut des Römischen Rechts weniger, als die meisten anderen einen inneren Grund des Fortbestehens und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt" (Savigny S. 113).

[6] Ihr Inhalt ist ein restituere; aber es findet bei ihnen keine in integrum restitutio Statt. Doch gebrauchen einzelne Stellen der Quellen bei ihnen selbst diesen letzteren Ausdruck (l. 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. 23 §. 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 10 C. de resc. vend. 4. 44, vgl. l. 10 §. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8). S. Savigny S. 103 fg.

[7] Was die Stellung der Wiedereinsetzung im Systeme angeht, so weisen Viele (so namentlich Savigny, Puchta, Arndts, Sintenis) derselben ihren Platz in dem s. g. allgemeinen Actionenrecht, in der civilrechtlichen Lehre von der processualischen Hülfe, an. Das ist gewiß nicht richtig, schon deßwegen nicht, weil es sich hier nicht um die allgemeinen Grundsätze für die processualische Hülfe überhaupt, sondern um die speciellen Grundsätze für eine processualische Hülfe sehr bestimmten Inhalts handelt; aber auch deßwegen nicht, weil für die Wiedereinsetzung der richterliche Spruch, welchen sie erfordert, erst in zweiter Linie charakteristisch ist, in erster aber, daß durch sie juristischen Thatsachen ihre wirkende Kraft wieder entzogen wird. Andere behandeln die Wiedereinsetzung in einem besonderen Kapitel des allgemeinen Theils (z. B. Vangerow), oder als Anhang zu dem gesammten Rechtssystem (z. B. Heise, Seuffert). Auch damit geschieht ihrem Wesen nicht Genüge. Sie gehört in der That in die allgemeine Lehre von den juristischen Thatsachen, deren Wirkungen sie cassirt. Bezöge sie sich bloß auf Rechtsgeschäfte,

B. Voraussetzungen.

1. Eine benachtheiligende rechtliche Wirkung.

§. 115.

Die erste Voraussetzung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, daß überhaupt eine rechtliche Wirkung eingetreten sei. Ist eine rechtliche Wirkung gar nicht eingetreten, so ist für die Wiedereinsetzung kein Raum. Aber auch dann ist für dieselbe kein Raum, wenn eine rechtliche Wirkung zwar an und für sich eingetreten ist, aber das Recht selbst gegen dieselbe in anderer Weise erschöpfenden Schutz gewährt[1].

---

so würde sie in die Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zu stellen sein; da sie über dieselben hinausgeht (§. 115 Note 8), so ist ihr Platz an diesem Orte. Man kann sagen: es gibt eine Ungültigkeit nicht bloß der Rechtsgeschäfte, sondern auch der juristischen Thatsachen überhaupt, und die Form derselben ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Theilweise zustimmend jetzt Arndts in der 5. Aufl. §. 117 Anm. 1.

[1] — „nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium“, l. 16 pr. D. de min. 4. 4. Als Beispiele werden in dieser Stelle und den folgenden §§. obligatorische Ansprüche angeführt, welche entweder nichtig sind, oder doch von der Art, daß der Beklagte ihnen gegenüber keiner über die Verneinung hinausgehenden Vertheidigung in iure bedarf. Hiernach könnte schon das zweifelhaft erscheinen, ob eine exceptio (im römischen Sinne des Wortes) hinreiche, um die Wiedereinsetzung auszuschließen. S. jedoch dagegen l. 2 C. de filiofam. min. 2. 23, nach welcher die in integrum restitutio nicht gegeben werden soll, wenn die exceptio SC[i] Macedoniani begründet ist. Und noch weiter geht der Anfang der eben citirten l. 16 pr. D. de min. „In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem“. Von der andern Seite steht aber fest, daß die in integrum restitutio nicht ausgeschlossen wird durch die actio tutelae (l. 45 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 25 l. 39 §. 13 D. de adm. et per. 26. 7, l. 3. 5 C. si tut. vel. cur. 2. 25), nicht durch die actio quod metus causa (l. 9 §. 3. 4 l. 21 §. 6 D. quod. met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20), während sie der actio de dolo sogar vorgezogen wird (l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3), und nach der richtigen, allerdings sehr bestrittenen Interpretation der l. 16 §. 2 D. de min. 4. 4 (vgl. Vangerow I §. 178 Anm. 1 a. E.) thut ihr auch die condictio indebiti keinen Eintrag. Hiernach wird man behaupten müssen, daß jedenfalls ein Ersatzanspruch, von welcher Art alle genannten Actionen sind, als erschöpfender, die Wiedereinsetzung ausschließender Rechtsschutz nicht angesehen werden

Die eingetretene rechtliche Wirkung muß ferner für denjenigen, welcher die Wiedereinsetzung begehrt, einen Nachtheil[2] zu Wege gebracht haben. Dieser Nachtheil braucht nicht nothwendigerweise ein Vermögensnachtheil zu sein, obgleich die Wiedereinsetzung den Fall des Vermögensnachtheils hauptsächlich im Auge hat[3]. Vermögensnachtheil ist übrigens nicht bloß erlittener Schaden, sondern auch entbehrter Gewinn[4]; nur kann wegen entbehrten Gewinns dann keine Wiedereinsetzung begehrt werden, wenn durch Vereitelung des Gewinns der Gegner gegen Schaden geschützt worden ist[5]. Es reicht aber nicht jeder Nachtheil zur Wiedereinsetzung hin: der Nachtheil muß nicht demjenigen Nachtheil gegenüber, welcher durch die Aufhebung der rechtlichen Folge für den Gegner entsteht, unverhältnißmäßig gering sein[6].

---

darf. Dabei kann es denn auch keinen Unterschied begründen, daß der Ersatzanspruch nicht bloß als solcher, sondern auch auf Grund eines abgeschlossenen Contracts (römisch: mit einer bonae fidei actio) geltend gemacht werden kann obgleich auf der anderen Seite zugegeben werden muß, daß für die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der bonae fidei actio die dafür gewöhnlich angeführten Stellen (l. 3 C. quib. ex caus. mai. 2. 54, l. 5. 10 C. de resc. vend. 4. 44) einen zwingenden Beweis nicht enthalten. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Francke Beiträge S. 66, Burchardi S. 99 fg., Schneider 224 fg., Savigny S. 143—145, Vangerow I §. 178 Anm. 1, Brinz S. 112, und gegen die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der bonae fidei actio speciell Ruhstrat Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 260 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. XVII. 205.

[2] Die Neueren sprechen mit Vorliebe von einer „Läsion". Die Ausdrücke laesio, laedere sind nicht unquellenmäßig (l. 1 C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 8 X. de i. i. r. 1. 41, cl. un. de r. i. i. 1. 11), finden sich aber nicht in den Pandekten. In denselben ist die Rede von einem „damnum", welches Jemand erlitten habe, dann davon, daß er „lapsus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus" sei, welche Ausdrücke nicht nothwendig, und regelmäßig nicht, von einem Betruge zu verstehen sind.

[3] Burchardi §. 7. L. 3 §. 6 l. 6 l. 35 D. de min. 4. 4, l. 41 D. de rec. 4. 8, l. 2 C. si adv. rem iud. 2. 27, l. 8 C. quando app. 7. 64. Vgl. Seuff. Arch. V. 247.

[4] L. 7 §. 6 l. 44 D. de min. 4. 4, l. 27 D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

[5] Wie z. B. bei der Ersitzung. L. 18. 20 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 37 pr. D. de min. 4. 4, l. 17 §. 3 D. de usur. 22. 1. Burchardi §. 6, Savigny S. 121—124.

[6] L. 4 D. de i. i. r. 4. 1. In einzelnen Fällen wird verlangt, daß der Nachtheil nicht bloß relativ, sondern auch an und für sich ein bedeutender

Die Wiedereinsetzung findet an und für sich Statt gegen jede nachtheilige rechtliche Wirkung[7], und namentlich nicht bloß gegen die durch Rechtsgeschäfte begründeten rechtlichen Wirkungen[8]. Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen[9]. Wiedereinsetzung wird nicht gegeben gegen die nachtheiligen Folgen der Arglist[10], gegen Versteigerungen, welche der Fiscus mit den Sachen seiner Schuldner zum Zweck der Befriedigung seiner Forderungen vornimmt[11], gegen die 30- und 40jährige Verjährung[12], gegen die Eingehung einer Ehe[13], und endlich können auch Descendenten keine Wiedereinsetzung gegen ihre Ascendenten begehren[14].

---

sei, l. 49 pr. D. de min. 4. 4 (§. 117 Note 3), l. 9 pr. eod., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 29 (§. 117 Note 6. f). Daraus mit der herrschenden Meinung (dafür auch das Erk. bei Seuff. XIV. 206) eine Regel zu bilden, erscheint bedenklich. Andere Stellen, welche man hierher zu ziehen pflegt, gehören entschieden nicht hierher, so l. 9 §. 1 D. de min. 4. 4 und l. 1 C. si adv. don. 2. 30, wo den Minderjährigen die Wiedereinsetzung deßwegen versagt wird, weil keine Handlung vorliegt, die nicht auch ein Großjähriger vorgenommen haben würde, ferner l. 1 C. si. adv. fisc. 2. 37, wo die Worte „pretio *longe* minore" nicht den Grund der Entscheidung bezeichnen. Vgl. Burchardi §. 8, Vangerow §. 176 Anm.

[7] Burchardi §. 9, Savigny §. 319.

[8] Freilich ist dieß ihre wichtigste Anwendung. Hervorzuheben ist außerdem noch ihre Anwendung bei Versäumnissen. Vgl. im Allgemeinen Cod. II. 27—35. Wiedereinsetzung gegen Anerkenntnisse: Seuff. Arch. XVIII. 197; anders XI. 199.

[9] Burchardi §. 10, Vangerow §. 178 Anm. 2, Holzschuher I §. 21 Nr. 5.

[10] L. 9 §. 2. 4. 5 l. 37 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 26 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 2. 3 C. si minor se maior. 2. 43. Gegen Vergehen, die auf bloßer Fahrlässigkeit beruhen, wird die Wiedereinsetzung nicht versagt, l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. del. 2. 35. Ueber diese Stellen, so wie über l. 9 §. 2. 3 D. de min. s. Savigny §. 321. f. g.

[11] L. 5 C. de fide et iure hastae fisc. 10. 3.

[12] L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny III S. 421—423, Vangerow I §. 178 Anm. 2 Nr. 12 (in der 7. Aufl., anders noch in der 6.); a. M. auch Burchardi S. 135—138. Um so weniger gegen die noch längeren Verjährungen und gegen die unvordenkliche Verjährung. In Betreff der letzteren s. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 95 fg. VII S. 245.

[13] Nach katholischem Kirchenrecht, weil die Ehe gar nicht, nach protestantischem, weil sie nur aus gewissen Scheidungsgründen auflösbar ist. Burchardi S. 141 fg., Savigny S. 142—143. Anders bei Verlöbnissen, Seuff. Arch. IX. 39, XVI. 172. Holzschuher I §. 24 Nr. 8.

[14] L. 2 C. qui et adv. quos 2. 42. Seuff. Arch. I. 269. Auf die

2. Ein rechtfertigender Grund.

a. Ueberhaupt.

§. 116.

Die Wiedereinsetzung setzt ferner voraus, daß die benachtheiligende rechtliche Wirkung unter Umständen eingetreten sei, welche ihre Wiederaufhebung als billig erscheinen lassen. Ob dieß der Fall sei, ist, wenn es sich um die nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses handelt, in ausgedehntem Maße in das Ermessen des Richters gestellt (§. 119). Dagegen ist der Richter bei Ertheilung der Wiedereinsetzung gegen positive Handlungen an bestimmte Gründe gebunden, welche er nicht überschreiten darf. Diese sind: Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrthum[1]; vereinzelt wird in unseren Quellen auch erwähnt eine Wiedereinsetzung gegen Veräußerungen, die zur Beeinträchtigung der Gläubiger vorgenommen worden sind[2]. Der praktisch wichtigste unter allen

---

Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit will dieß beschränken Francke Beiträge S. 67. Ausnahmen: 1) wenn die Wiedereinsetzung gerade gegen das Descendentenverhältniß begehrt wird, l. 3 §. 6 D. de min. 4. 4, l. 2 C. si adv. rem iud. 2. 27; 2) im Falle der l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61. Eine dritte Ausnahme hat heutzutage keine Geltung, weil die Stelle, welche sie enthält (Nov. 155) nicht glossirt ist. Vgl. Vangerow I §. 178 Anm. 2 Nr. 1 mit Savigny S. 224—226.

§. 116. [1] Aufzählungen der Wiedereinsetzungsgründe finden sich in l. 1. 2 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. S. R. I. 7 §. 2. (Die „absentia" ist derjenige Grund, aus welchem sich die spätere allgemeine Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse entwickelt hat, s. §. 118; über „status mutatio" s. die folgende Note.)

[2] §. 6 I. de act. 4. 6. Schröter S. 131—142. Andere sehen in dieser Wiedereinsetzung eine Wiedereinsetzung wegen Arglist, Schneider S. 271—278, Vangerow I §. 177 Anm. Nr. 3. Aber die genannte Stelle beschränkt die Wiedereinsetzung keineswegs auf den Fall, wo der Erwerber an der Unredlichkeit Theil genommen hat. Vgl. Savigny V §. 208. n. Wäre es nothwendig, wie es jedenfalls zulässig ist, die Worte „bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis" auf das Vorhergehende, und nicht auf das Folgende, zu beziehen, so würde dieser ganze Fall der Wiedereinsetzung für uns ohne Anwendbarkeit sein, da nach heutigem Recht die Veräußerungen des Schuldners nach Eröffnung des Concurses — welche der römischen missio in possessionem entspricht — nichtig sind. Ueber die Ansicht Huschke's (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV S. 49 fg.) in Betreff der genannten Stelle s. II §. 463 Note 1. 15. [Vgl. Schmidt Pflichttheilsrecht

Wiedereinsetzungsgründen, und derjenige, dessen Theorie von den römischen Juristen am sorgfältigsten ausgebildet worden ist, ist die Minderjährigkeit. Dadurch bestimmt sich auch die Anordnung im Folgenden[3].

b. Minderjährigkeit*.

§. 117.

Minderjährigen wird Wiedereinsetzung gewährt gegen die rechtlichen Nachtheile, in welche sie durch den ihrem Alter eigenthümlichen Mangel an Besonnenheit und Erfahrung verstrickt worden sind[1]. Gegen rechtliche Nachtheile, welche ihren Grund

---

des Patronus S. 96. 97 in der Note.] — Antiquirt ist die Wiedereinsetzung gegen den Untergang der Contractsschulden durch capitis diminutio minima (Gai. III. 84. IV. 38, tit. D. de capite minutis 4. 5). Diese Wiedereinsetzung hatte bereits im römischen Rechte die Natur der Wiedereinsetzung ganz verloren; sie wurde ohne alle Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles, nach feststehender Regel, ertheilt, und war daher auch der gewöhnlichen kurzen Verjährung nicht unterworfen (Savigny S. 210—212). Im heutigen Recht kann sie überhaupt nicht mehr anerkannt werden, da demselben die Idee der capitis diminutio im Allgemeinen, und so im Besonderen auch der auf diese Idee gegründete Untergang der Schulden, vollkommen fremd ist. Wächter II S. 484: „Jedenfalls ging in Deutschland die Sache nie in das practische Recht über". Nach Burchardi S. 278 fg. soll diese Wiedereinsetzung schon durch das römische Recht selbst beseitigt sein; dagegen Schneider S. 304—307, Vangerow I §. 34 Anm. 2. §. 187 Anm. — Gegen alienatio iudicii mutandi causa hat es eine Wiedereinsetzung wohl nie gegeben, sondern nur einen Entschädigungsanspruch; l. 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. un. C. eod. 2. 55 beweisen für die Wiedereinsetzung nicht (§. 114 Note 6). Schröter S. 145—149. Jedenfalls ist diese Wiedereinsetzung später weggefallen. Savigny S. 103—105. 212—213. — Gegen zwei andere von Schröter (S. 127. 142—143) angenommene Fälle (wegen verhinderten Erscheinens vor Gericht und beim SC. Velleianum) s. Schneider S. 257 fg., Vangerow §. 177 Anm. Nr. 1. 2.

[3] Ueber das chronologische Verhältniß der einzelnen Wiedereinsetzungsgründe s. Burchardi S. 148—150. 212—217, Savigny S. 134—137.

* Dig. 4. 4 de minoribus. Cod. 2. 22 de in integrum restitutione minorum.

[1] Der Prätor hatte edicirt: „quod cum minore quam XXV annis natu gestum erit, uti quaeque res erit, animadvertam" (l. 1 §. 1 D. h. t). Dazu bemerkt Ulpian (l. 1 pr. eod.): „Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, . . cum inter omnes §. 117.

in diesem Mangel nicht haben, die also auch ein Großjähriger nicht vermieden haben würde, wird ihnen Wiedereinsetzung nicht gegeben[2]. Von der anderen Seite aber ist mit Bestimmtheit in den Quellen anerkannt, daß der Beistand und selbst die Vertretung ihrer Vormünder, ja sogar die Autorisation der obervormundschaftlichen Behörde, sie des Anspruchs auf Wiedereinsetzung gegen eine an und für sich nicht gerechtfertigte Handlung oder Unterlassung nicht beraube[3].

Wirklich ausgeschlossen wird der Anspruch der Minderjähri-

---

constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum". — Ueber die Tragweite des Ausdrucks gestum s. l. 7—11 §. 2 D. h. t. L. 7 pr. cit. „Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit sive quid aliud contigit". Zu dem „quid aliud" gehören auch Versäumnisse, l. 7 §. 11. 12 cit., l. 9 §. 2 l. 38 §. 1 D. h. t. — Wie ist es, wenn die betreffende Thatsache zum Theil innerhalb, zum Theil außerhalb der Minderjährigkeit liegt? L. 3 §. 1. 2 D. h. t.; Brinz S. 116.

[2] L. 11 §. 4. 5 l. 24 §. 1 l. 44 D. h. t., l. 9 §. 4 D. de iurei. 12. 2, l. 1 C. qui et adv. quos 2. 42. In l. 9 §. 4 cit. heißt es: „nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit", und in l. 24 §. 1 cit. wird darauf aufmerksam gemacht, daß eine unbedingte Wiedereinsetzung, gegen jedes nur im Erfolge nachtheilige Rechtsgeschäft, nicht einmal im Interesse der Minderjährigen selbst liege, — „ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio iis interdicatur".

[3] L. 2. 3. 5 C. si tutor 2. 25, l. 4. 5 C. si adv. rem iud. 2. 27, l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 pr. D. h. t., l. 7 §. 8 l. 49 eod; l. 11 C. de praed. et al. reb. min. 5. 71. Seuff. Arch. II. 197. Deßwegen ist die Wiedereinsetzung auch anwendbar auf Geschlechtsunreife. Man wird jedoch bei gehöriger Vertretung nach l. 49 D. h. t. eine größere Erheblichkeit des erlittenen Nachtheils verlangen müssen (§. 115 Note 6). Vgl. auch l. 7 §. 8 D. h. t. — Es läßt sich nicht verkennen, daß in dieser Erstreckung der Wiedereinsetzung ein Hinausgehen über ihren Grundgedanken liegt, welches durch das Bedürfniß nicht gerechtfertigt wird, und daß namentlich im heutigen Recht, in welchem die Vormundschaft in weit umfassenderem Maße, als nach römischem Recht, der obrigkeitlichen Oberaufsicht unterliegt, „ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution Minderjähriger nicht mehr vorhanden ist" (Savigny S. 149). Vgl. auch Heimbach in Ortloff ꝛc. juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I S. 365 fg.; andererseits Brinz S. 117. 118. — Von der Regel, daß die Autorisation der Obrigkeit die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, gibt es Eine Ausnahme, s. Note 6.

gen auf Wiedereinsetzung durch die Großjährigkeitserklärung[4], so wie durch eidliche Bestätigung des Geschäfts[5]; außerdem fällt er in einigen einzelnen Fällen weg[6]. Will ein Minderjähriger durch die Wiedereinsetzung den erlittenen Nachtheil auf einen anderen Minderjährigen abwerfen, so steht ihm der Grundsatz entgegen,

---

[4] L. 1 C. de his qui veniam 2. 45, l. 5 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Die gemeine Meinung stellt den Fall gleich, wenn der Minderjährige zu einer bestimmten Art der Thätigkeit öffentlich autorisirt worden ist. Glück V S. 546—549, Burchardi S. 222—224. Seuff. Arch. V. 138. [Vgl. Budde u. Schmidt Entscheidungen der OAG. zu Rostock VI. 24.]

[5] L. 1 C. si adv. vend. 2. 28 und dazu Auth. *Sacramenta puberum*. Vgl. II §. 324 Note 3. Die Gültigkeit des Eides setzt Geschlechtsreife voraus. Seuff. Arch. XI. 209, vgl. XIII. 13, aber auch II. 261.

[6] a) Bei Zahlungen, welche dem Vormunde des Minderjährigen in Folge richterlichen Decrets geleistet worden sind, l. 7 §. 2 D. h. t., l. 25 C. de adm. tut. 5. 37, §. 2 I. quib. al. 2. 8. A. M. Savigny S. 151. b) Bei einem Darlehn, welches ein in väterlicher Gewalt stehender Minderjähriger auf Geheiß des Vaters genommen hat, l. 3 §. 4 D. h. t. l. 1 [2] C. de fil. fam. min. 2. 23. Diese Ausnahme, für welche freilich kein innerer Grund spricht, sucht durch Interpretation bez. Emendation zu beseitigen Savigny VII Beil. XVIII. S. dagegen Vangerow I §. 183 Anm. 2 Nr. 4. c) Bei einem Darlehn, welches ein wenigstens achtzehnjähriger Minderjähriger zum Zweck der Befreiung seiner Ascendenten oder anderer von ihm beerbter Personen aus der Gefangenschaft aufgenommen hat, Nov. 115 c. 3 §. 13. d) Bei einem Vergleiche unter nahen Verwandten (die betreffende Stelle nennt Geschwister) zum Zweck der Beseitigung eines Vermächtnisses, welches ihnen gegenseitig für den Fall des früheren Todes auferlegt worden ist („cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retineatur", l. 11 C. de transact. 2. 4). e) Keine Wiedereinsetzung wird dem Minderjährigen ertheilt gegen eine Wiedereinsetzung, welche er gegen eine von seinem Vater für ihn gemachte Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft erlangt hat, l. 8 §. 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. f) Gegen den Verkauf von Pfändern wird ihm Wiedereinsetzung nur gegeben, wenn der Schaden, welchen er erlitten hat, ein sehr bedeutender ist, oder Käufer und Verkäufer sich einer gemeinschaftlichen Unredlichkeit schuldig gemacht haben, l. 9 pr. D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 29, l. 3 C. si adv. fisc. 2. 37, l. 2 C. de praed. min. 5. 71. Nach diesen Stellen sind zu erklären einerseits Paul. S. R. I. 9 §. 8, l. 7 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de praed. min. 5. 71, und andererseits l. 38 D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. 2. 29, l. 4 C. de reb. alien. 4. 51. Vgl. auch l. 6 C. de rest. mil. 2. 51. Dernburg Pfandrecht II S. 235 fg.; abweichend Savigny S 152, theilweise Bachofen ausgewählte Lehren S. 161—170. — Antiquirt sind die Ausnahmen der l. 13 §. 11 C. de

daß, wenn für beide Theile gleich viel spricht, der bestehende Zustand aufrecht erhalten wird[7].

Den Minderjährigen sind durch gesetzliche Bestimmung gleichgestellt Gemeinden[8] und kirchliche Corporationen[9].

c. Zwang, Betrug, Irrthum.

§. 118.

Die Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwanges ist in bedeutendem Grade dadurch gemindert, daß neben derselben ein Ersatzanspruch gewöhnlicher Art, und zwar nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen den unschuldigen Dritten, aus dem erzwungenen Rechtsgeschäft Bereicherten, einhergeht[1]. Von der andern Seite darf man nicht so weit gehen, durch diesen Ersatzanspruch die Wiedereinsetzung wegen Zwanges für ganz ausgeschlossen zu halten[2]; sie ist neben demselben sowohl in unseren

---

iud. 3. 1, l. 1 §. 1 C. de plus pet. 3. 10. Keine Ausnahme enthalten l. 1 C. de i. i. r. min. 2. 22 (Burchardi S. 252, Vangerow I §. 183 Anm. 2 a. E.) und l. 1 C. si adv. don. 2. 30 (§. 115 Note 6). Daß der Minderjährige nicht wiedereingesetzt wird, wenn er sich arglistigerweise für großjährig ausgegeben hat (l. 2. 3. C. si minor se mai. 2. 43), und daß er seinen Anspruch auf Wiedereinsetzung durch Bestätigung nach erlangter Großjährigkeit verliert (Cod. 2. 46 si maior factus ratum habuerit), sind keine Ausnahmen, welche sich speciell auf die Wiedereinsetzung Minderjähriger beziehen (§. 115 Note 10, §. 83).

[7] L. 128 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 11 §. 6 l. 34 pr. D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 155, V. 101. 102. 249, VII. 141.

[8] L. 3 C. de iure reip. 11. 29, l. 1 C. de off. eius 1. 50, l 4 C. quib. ex caus. mai. 2. 54. Seuff. Arch. I. 404, V. 249, [XXI. 198].

[9] C. 1. 3. 6 X. de i. i. r. 1. 41, c. 11 X. de reb. eccl. 3. 13, c. 1. 2 de r. i. i. in VI⁰ 1. 21, cl. un. de r. i. i. 1. 11. Ueber bez. gegen die Erstreckung des Privilegiums der Minderjährigen auf andere juristische und andere bevormundete Personen s. Glück VI S. 23 fg., Burchardi S. 258 fg., Savigny S. 160. 161, Holzschuher I §. 24 Nr. 13. Die Praxis ist der Ausdehnung entschieden geneigt. S. Seuff. Arch. III. 191 (milde Stiftungen); II. 156, III. 191, X. 8, XIV. 191 (Fiscus); III. 190, XIII. 9. 186 (Verschwender); V. 103 (Blödsinnige). Gegen die Erstreckung auf Concursmassen X. 116. 327 (anders in Betreff von Versäumnissen V. 98); gegen die Erstreckung auf Actienvereine VI. 138.

§. 118. [1] Actio quod metus causa.

[2] Unter den Neueren vertritt diese Meinung namentlich Puchta §. 100. c. §. 102. c. d. Dagegen Burchardi §. 18. 19, Schröter S. 116 fg., Sa-

Quellen ausdrücklich anerkannt[3], als auch für besondere Fälle von entschiedener praktischer Wichtigkeit[4].

Auch neben der Wiedereinsetzung wegen Betrugs geht ein Ersatzanspruch, wenn auch nicht gegen den unschuldigen Dritten, einher[5]. Bei ihr kommt aber hinzu, daß ihre Existenz zwar an und für sich sicher, ihre Anwendbarkeit aber in anderen als den in den Quellen ausdrücklich erwähnten Fällen äußerst bedenklich ist, und diese Fälle sind sämmtlich processualischer Natur[6].

Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums findet in dem Gebiete des materiellen Rechts nur in einem einzigen Falle Anwendung,

---

vigny §. 330 (namentlich Note g), Vangerow I §. 185 Anm. Nr. II, Schliemann Lehre vom Zwange S. 58. 59.

[3] Im Allgemeinen: l. 1 D. de i. i. r. 4. 1, Paul S. R. I. 7 §. 2; in besonderen Anwendungen: l. 9 §. 4 l. 21 §. 5. 6 D. quod. met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20. — Ueber das Zeitverhältniß dieser beiden Rechtsmittel s. Burchardi §. 18, Schröter S. 116 fg., Vangerow §. 185 Anm., Schliemann a. a. O. S. 7—12, Kramer leer van den psychischen dwang (§. 80*) p. 200—205, welche die Wiedereinsetzung für jünger halten, und Savigny S. 112—116. 191 fg., der sie für älter hält.

[4] Namentlich bei Insolvenz des Gegners, um einen dinglichen Anspruch statt eines bloß persönlichen zu erlangen. Ein anderes Beispiel bietet die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft dar, „wegen der unbestimmten, vielleicht unübersehbaren Rechtsverhältnisse, die mit der Erbschaft verbunden sein können" (Savigny S. 195). S. auch Schliemann a. a. O. S. 41—42. 59.

[5] Actio de dolo.

[6] Der Betrug wird als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen bezeichnet in l. 1 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. S. R. I. 7 §. 2. Aber das braucht nicht den Sinn zu haben, daß er in allen Fällen Wiedereinsetzung begründen solle; sonst müßte man auch den Irrthum für einen allgemein wirkenden Wiedereinsetzungsgrund erklären, da derselbe bei Paulus a. a. O. und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1 gleichfalls als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen angeführt wird. Es kommt also auf die einzelnen Quellenentscheidungen an, in denen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs zur Anwendung gebracht wird. Dieß sind, wenn man bei dem Sicheren stehen bleibt, l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 33 D. de re iud. 42. 1; l. 18 D. de interr. 11. 1 nennt den Betrug nicht und kann vom Irrthum verstanden werden, l. 3 §. 1 D. de eo per quem fact. erit. 2. 10 erklärt sich vollkommen aus den Grundsätzen über die Wiedereinsetzung wegen Versäumniß (Francke Beitr. S. 79), die von Vielen behauptete Wiedereinsetzung wegen Betrugs gegen bonae fidei contractus kann nicht bewiesen werden (§. 115 Note 1). Jene sicheren Anwendungsfälle der Wiedereinsetzung wegen Betrugs sind aber sämmtlich pro-

nämlich wenn Erbschaftsgläubiger durch einen entschuldbaren Irrthum bewogen sich die Rechtswohlthat der Gütertrennung haben geben lassen[7].

d. Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse*[1].

§. 119.

Gegen die nachtheiligen Folgen von Versäumnissen[2] wird

cessualischer Natur; dieß gilt auch von der sich allerdings ziemlich allgemein ausdrückenden l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1 (*vv.* boni praetoris est potius restituere *litem*). Wenn es nun schon überhaupt mißlich ist, Sätze, welche für den Proceß gelten, auf das materielle Recht auszudehnen, so kommt hier ein Anderes hinzu. Nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen soll die Wiedereinsetzung wegen Betrugs die (infamirende) actio de dolo ausschließen (l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3); so enthalten alle Stellen, in denen eine actio de dolo für zulässig erklärt wird, ein indirectes Zeugniß gegen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs; vgl. namentlich l. 18 §. 4 l. 38 D. de dolo 4. 3. — Der hier vertretenen Meinung sind Schröter S. 128, Vangerow I §. 185 Anm. Nr. III, Sintenis I S. 374, Wächter II S. 843; dagegen Burchardi §. 20, und namentlich Savigny VII §. 332.

[7] Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums wird, wie bereits in der vorigen Note bemerkt wurde, im Allgemeinen erwähnt von Paul. S. R. I. 7 §. 2 und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1; in Beziehung auf sie herrscht aber allgemeine Uebereinstimmung darüber, daß sie über die in den Quellen genannten Anwendungsfälle nicht ausgedehnt werden darf. Diese Anwendungsfälle sind nun wieder vorzugsweise processualischer Natur, und selbst diese größtentheils antiquirt (so vor Allem die im Edicte ausdrücklich erwähnte Wiedereinsetzung gegen denjenigen, der sich falso tutore auctore auf einen Proceß eingelassen hat, l. 1 §. 6 D. quod. falso tut. 27. 6, vgl. außerdem Gai. IV. 53. 57, §. 33 I. de act. 4. 6, l. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 18 D. de interr. 11. 1, l. 8 §. 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 11 §. 8. 10. 11 D. de interr. 11. 1, l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1). Nicht auf den Proceß bezieht sich nur die bei uns nicht mehr anwendbare l. 3 §. 31 D. ad SC. Silan. 29. 5 (vgl. §. 119 Note 16) und die l. 1 §. 17 D. de sep. 42. 6, welche den im Text bezeichneten Satz ausspricht (l. 17 D. de his quae ut ind. 34. 9 enthält keinen Wiedereinsetzungsfall). Vgl. Savigny III S. 384 fg. VII. §. 331; außerdem Francke Beitr. S. 83 fg., Burchardi §. 21, Vangerow I §. 186 Anm. Seuff. Arch. X. 114, XI. 203, XV. 173. 174.

* Dig. IV. 6 ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur. Cod. II. 54 ex quibus causis maiores in integrum restituantur.

§. 119. [1] Die in den vorstehend genannten Titelrubriken und sonst vorkommende Bezeichnung dieser Wiedereinsetzung als in integrum restitutio maiorum erklärt sich aus der verhältnißmäßig geringen praktischen Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwangs, Betrugs und Irrthums. Savigny VII S. 163.

[2] Unter den nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses ist besonders

Wiedereinsetzung ertheilt in allen Fällen, in welchen das Versäumniß seinen Grund in einem äußeren, nach dem Ermessen des Richters die Wiedereinsetzung rechtfertigenden, Hinderniß hat[3]. Eine Reihe solcher Hindernisse zählen die Quellen ausdrücklich auf.

1. Hindernisse in der Person des Versäumenden. Vor Allem gehört hierher die Abwesenheit vom Wohnorte[4]; sie muß aber durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigt gewesen sein[5]. Der Abwesenheit wird gleichgestellt die Freiheitsberaubung[6]. Ferner gehört hierher die dem Ungeborenen ge-

---

wichtig, und deßwegen im prätorischen Edict besonders hervorgehoben (l. 1 §. 1 D. h. t.), die Verjährung. S. außerdem l. 15 §. 2 l. 17 §. 1 l. 41. 43 D. h. t., l. 1. 6 C. de rest. mil. 2. 51. Vgl. Francke Beitr. S. 68—72.

[3] In dem prätorischen Edict (l. 1 §. 1 D. h. t., die Wortinterpretation bei Savigny S. 165. 166) heißt es nach Aufzählung einer Reihe von besonderen Restitutionsgründen, unter welchen die Abwesenheit der hauptsächliche ist: „item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit". Die früher herrschende Meinung gab dieser „generalis clausula" (l. 26 §. 1 l. 33 pr. D. h. t.) einen ganz allgemeinen Sinn, und überließ demnach die Wiedereinsetzung überhaupt dem Ermessen des Richters. Andere wollten diese Clausel auf Fälle der Abwesenheit beschränken, welche im Edicte nicht genannt seien. Glück VI §. 471. Jetzt ist allgemein anerkannt, daß beide Meinungen unrichtig sind, die generalis clausula nicht bloß auf Fälle der Abwesenheit, aber auch nicht auf positive Handlungen, und namentlich nicht auf Rechtsgeschäfte, zu beziehen ist. Vgl. besonders Burchardi S. 191 fg., Francke Beitr. S. 73 fg., Savigny S. 167, Vangerow I §. 183 Anm. 1 Nr. III; Seuff. Arch. X. 113. vgl. 117. Gegen jene zu allgemeine Auffassung der generalis clausula beweist unmittelbar l. 26 §. 9 D. h. t.

[4] Seuff. Arch. V. 104.

[5] Das Edict nannte Abwesenheit aus Furcht (begründeter, l. 2 §. 1 l. 3 D. h. t.) und in Staatsgeschäften (l. 4—7 l. 33 §. 1 l. 38 l. 45 D. h. t.). Auf Grund der clausula generalis wurde die Wiedereinsetzung für zulässig erklärt „quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit" (l. 26 §. 9 D. h. t.), ja auch bei freiwilliger Abwesenheit, „si quis de causa probabili afuerit" (l. 28 pr. D. h. t.). Unter causa probabilis darf man freilich nicht eine „löbliche" Ursache verstehen, wie Savigny (S. 174—176) thut, um dann gegen dieses Erforderniß der Löblichkeit zu polemisiren. Vgl. noch l. 8. 26 §. 1 l. 40 §. 1 l. 42 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 1. 2 C. de ux. mil. 2. 52.

[6] „In vinculis esse", l. 1 §. 1 D. h. t., l. 9. 10 eod. Diesem Fall wird ex clausula generali gleichgestellt, wenn Jemand unter Bürgschaft versprochen hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, l. 28 §. 1 D. h. t. Im

währte Wiedereinsetzung[7]. Daß der Versäumende einen Vertreter hatte, nimmt ihm, abgesehen von dem Falle, wo ein rechtskräftiges Urtheil gegen ihn erlassen worden ist, den Anspruch auf Wiedereinsetzung nicht[8], wohl, daß er keinen Vertreter hatte, wo er einen hätte haben sollen[9], und nach Analogie dieser letzteren Entscheidung muß ihm die Wiedereinsetzung auch dann versagt werden, wenn er in der Auswahl des Vertreters ein ihm zur Last fallendes Versehen begangen hat.

Edicte war auch die Kriegsgefangenschaft noch besonders genannt, welche nach der der Abwesenheit ex clausula generali gegebenen Ausdehnung nun unter diese fällt, ferner das in servitute esse (sich thatsächlich im Zustande eines Sclaven befinden). L. 11—15 §. 2 D. h. t.

[7] L. 45 pr. D. de min. 4. 4.

[8] Daß das Vorhandensein eines Vertreters die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, sagt ausdrücklich l. 26 §. 9 D. h. t.: — „et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non“. Damit stimmt überein l. 15 pr. D. h. t (der apud hostes Befindliche wird deßwegen nicht weniger restituirt, weil seinem Vermögen ein Curator gesetzt worden ist) und l. 8 D. de i. i. r. 4. 1 (Wiedereinsetzung, wenn der Vertreter die Appellationsfrist versäumt hat). Diesen Stellen steht nun entgegen, außer l. 8 cit. in ihrem übrigen Inhalt (s. unten), namentlich l. 39 D. h. t. „Is, qui reipublicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur“. Die Ansichten gehen hier auseinander; eine Uebersicht gibt Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 3 S. 68 fg. (s. auch Arndts §. 120 Anm. 3). Savigny (S. 178. 180) ist geneigt, mit Burchardi (S. 166 fg.) eine allmälige Entwicklung des Rechts zu größerer Milde anzunehmen. Nach meiner Ansicht ist l. 39 cit., gemäß des eigentlich technischen Sinnes von defendere, von einem rechtskräftigen Urtheil zu verstehen, und aus derselben also lediglich der Satz herzuleiten, daß der Vertretene gegen den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils nicht restituirt werden solle, welchen Satz auch l. 8 D. de i. i. r. cit. enthält. So im Resultate auch Fritz a. a. O., dem aber nicht beigestimmt werden kann, wenn er diesen Satz darauf zurückführt, daß die Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit sich überhaupt nicht auf Urtheile, weil nicht auf die Uebernahme von Verbindlichkeiten, beziehe.

[9] L. 20 pr. D. de min. 4. 4, l. 26 §. 1 l. 28 pr. D. h. t. Das steht mit dem in der vorigen Note Bemerkten nicht in Widerspruch. Der Abwesende kann nicht einwenden: er würde ja auch Wiedereinsetzung haben begehren können, wenn er einen Vertreter gehabt hätte; es ist nicht anzunehmen, daß der Vertreter seine Pflicht nicht erfüllt haben würde. Fritz a. a. O. S. 62 fg. will dieß ohne Grund auf die Wiedereinsetzung ex clausula generali beschränken.

2. Hindernisse in der Person desjenigen, in Betreff dessen eine Handlung hätte vorgenommen werden sollen: namentlich wieder Abwesenheit und Freiheitsberaubung[10], sodann wenn dessen Belangung in Folge seiner Arglist, oder wegen geschäftlicher Abhaltung, oder wegen einer ihn von der Einlassung entbindenden Eigenschaft[11], oder weil er wahnsinnig, Kind, juristische Person ist, unmöglich gewesen ist[12]. Erforderlich ist aber, daß auch kein Vertreter desselben aufgefunden werden konnte[13].

3. Hindernisse in der Person des Richters, z. B. Verschleppung, Rechtsverweigerung, außerordentliche Ferien[14].

4. Sonstige Hindernisse: so wenn eine Dienstbarkeit nicht ausgeübt wird, weil der Zustand der dienenden Sache es nicht zuläßt[15]. Es darf nur nicht auch der Irrthum hierher gezählt werden[16].

C. Die Wiedereinsetzung selbst.

§. 120.

Begehrt werden kann die Wiedereinsetzung durch den Verletzten und seine Rechtsnachfolger, Gesammt-[1] wie Sondernachfolger[2].

---

[10] L. 1 §. 1 D. h. t.; l. 21 §. 1 l. 23 pr. §. 3 eod.

[11] L. 1 §. 1 D. h. t.; l. 23 §. 4 l. 24. 25. 26 §. 2 eod.

[12] L. 22 §. 2 D. h. t.

[13] L. 21 §. 2. 3 l. 22 pr. l. 26 §. 3 D. h. t. Vgl. §. 4. 5 I. de satisd. 4. 11, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. Savigny VII S. 184.

[14] L. 26 pr. §. 4—7 D. h. t.

[15] L. 34 §. 1 l. 35 D. de S. P. R. 8. 3, l. 43 pr. D. quaemadm. serv. 8. 6, l. 1 §. 9 D. de itinere 43. 19.

[16] Wegen Irrthums (Nichtwissens) wird gegen Versäumnisse Wiedereinsetzung ertheilt in l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1, in welcher von einem processualischen Fall die Rede ist, und in l. 3 §. 31 ad SC. Sil. 29. 5: „si idcirco ignoratum est, quia metu senatusconsulti (Silaniani) aperiri tabulae non potuerunt". Wollte man aus dieser (heutzutage unanwendbaren) Entscheidung eine allgemeine Regel machen, so würde namentlich die Anspruchsverjährung einen großen Theil ihrer Bedeutung und ihres Nutzens verlieren. Vgl. §. 118 Note 7. Auf den Ausschluß des Irrthums bezieht sich der in den Text aufgenommene Zusatz: „äußeres" Hinderniß.

[1] L. 6 D. de i. i. r. 4. 1, l. 18 §. 5 D. de min. 4. 4; vgl. l. 3 §. 9. 10 eod. §. 120.

[2] D. h. die Sondernachfolger in den Wiedereinsetzungsanspruch; der An-

Begehrt werden kann sie gegen denjenigen, zu Gunsten dessen die verletzende rechtliche Wirkung eingetreten ist, und gegen seine Gesammtnachfolger. Gegen diejenigen, welche durch einen abgeleiteten Erwerb anderer Art auf Grund der verletzenden rechtlichen Wirkung etwas erworben haben, kann die Wiedereinsetzung nur dann begehrt werden, wenn diese Personen bei dem Erwerbe die Begründetheit der Wiedereinsetzung gekannt haben, oder ohne Wiedereinsetzung ein bedeutender Nachtheil von dem Verletzten nicht abgewendet werden kann[3]; nur die Wiedereinsetzung wegen Zwanges wird unbedingt gegen jeden Dritten ge-

---

spruch auf Wiedereinsetzung kann cedirt werden, wie jeder andere Anspruch, l. 24 pr. D. de min. 4. 4. Vgl. l. 25 D. de admin. 26. 7, l. 20 §. 1 D. de tutelae 37. 3. Dagegen wäre es vollkommen ungerechtfertigt, wenn man den Anspruch auf Wiedereinsetzung auch dem Sondernachfolger in ein Recht zugestehen wollte, welches durch eine rechtliche Wirkung geschmälert worden ist, gegen die der Rechtsurheber Wiedereinsetzung hätte begehren können (Beispiel: Eigenthum — Belastung der Sache mit einer Dienstbarkeit). — Ebensowenig kann der Anspruch auf Wiedereinsetzung durch den Bürgen geltend gemacht werden, l. 7 §. 1 i. f. D. de exc. 44. 1 (wo zuerst von der exc. legis Plaetoriae, dann von der Wiedereinsetzung des Minderjährigen die Rede ist); vgl. l. 95 §. 3 D. de solut. 46. 3. Eine andere Frage ist es, ob die dem Verletzten ertheilte Wiedereinsetzung auch seinem Bürgen zu Gute kommt; s. Note 18. Ueber das Ganze: Burchardi S. 398—416, Savigny S. 216—222, Vangerow §. 179 Anm.

[3] Daß die Wiedereinsetzung bald in rem, bald nur in personam ertheilt werde, sagt Paul. S. R. I. 7 §. 4. Die im Texte aufgestellte Regel spricht am Entschiedensten aus l. 13 §. 1 l. 14 D. de min. 4. 4 (wo als Fall, in welchem ohne Wiedereinsetzung gegen den Dritten der Verletzte nicht zu dem Seinigen gelangen würde, namentlich der hervorgehoben wird, wenn der zunächst Betheiligte zahlungsunfähig sei). Diesen Stellen gegenüber darf l. 17 pr. ex quib. caus. mai. 4. 6 beschränkend interpretirt werden, was bei l. 39 pr. D. de evict. 21. 2, die einen ganz anderen Gesichtspunkt hervorheben will, ohne alles Bedenken ist; l. 30 §. 1 D. ex quib. caus. mai. von einer Wiedereinsetzung gegen den Dritten zu verstehen, ist in keiner Weise nothwendig. Die Wiedereinsetzung gegen den Pfandverkauf (l. 2 D. de praed. min. 5. 71) ist keine Wiedereinsetzung gegen den Dritten. Vgl. übrigens auch die anderen bei §. 117 Note 6. f citirten Stellen. Die Meinungen gehen auch hier sehr auseinander. Vgl. Burchardi S. 416—420, Savigny S. 223. 269—273, Wetzell disput. de quaestione adversus quem in int. rest. imploranda sit. Marb. 1850, Wächter II S. 847, Arndts §. 123 Anm.

währt[4]. Dritte, welche das dem Verletzten Fehlende ohne allen Rechtsgrund in Händen haben, können natürlich auf bessere Behandlung keinen Anspruch machen[5].

Begehrt werden muß sie bei dem, nach den Regeln des Proceßrechtes zuständigen, Richter[6]. Derselbe entscheidet nicht, ohne vorher dem Gegner Gehör gestattet zu haben[7]. Ist nach ertheilter Wiedereinsetzung noch ein Rechtsstreit zwischen den Partheien übrig[8], so ist derselbe in einem besonderen Verfahren zu erledigen; er kann aber auch sogleich mit dem Wiedereinsetzungsverfahren verbunden werden[9].

Begehrt werden muß die Wiedereinsetzung binnen einer vierjährigen Frist[10]. Dieselbe läuft von dem Tage an, wo der

---

[4] Nach Analogie der actio quod metus causa und nach l. 3 C. de his quae vi 2. 20.

[5] Seuff. Pand. III §. 665 Note 28, Arndts §. 123 Anm.

[6] Burchardi §. 28, Savigny §. 334.

[7] L. 13 pr. l. 29 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. dot. 2. 34, Nov. 119 c. 6.

[8] Was nicht nöthig ist, z. B. wenn der Minderjährige gegen ein ihn beschwerendes Kaufgeschäft wiedereingesetzt wird. Umgekehrt kann die Wiedereinsetzung auch gerade die Absicht haben, einen Rechtsstreit erst möglich zu machen, z. B. wenn sie gegen den Ablauf einer Anspruchsverjährung ertheilt wird.

[9] Die Neueren unterscheiden danach zwischen iudicium rescindens und iudicium rescissorium; der letztere Ausdruck ist quellenmäßig (abwechselnd gebraucht mit iudicium restitutorium oder actio restitutoria), nur nicht auf die Wiedereinsetzung beschränkt, vgl. l. 16 C. ad SC. Vell. 4. 29, l. 8 §. 7. 12. 13 D. eod. 16. 1. Nach dem classischen römischen Recht bildete die Trennung beider Verfahren die Regel, da die Wiedereinsetzung nur vom Magistratus ertheilt werden konnte (l. 9 §. 4 D. de iurei. 12 2. 2, vgl. Voigt condictiones ob causam S. 777 Note 728, auch Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 94. 95), und derselbe einen gewöhnlichen Rechtsstreit nur in außerordentlichen Fällen entschied. Vgl. über das Ganze Burchardi §. 24—26, Savigny §. 337; auch Voigt a. a. O. S. 776 fg.

[10] An die Stelle des früheren annus utilis hat Justinian ein quadriennium continuum gesetzt, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 (Zwischenrecht in l. 2 C. Th. de integr. rest. 2. 16). Uebrigens ist es nicht unbestritten, daß das genannte Gesetz sich auf alle Restitutionsfälle beziehe, vgl. Vangerow I §. 180 Anm. Nr. 1. Die Bestimmung, daß binnen dieser Frist das Wiedereinsetzungsgesuch nicht bloß angebracht, sondern auch erledigt sein müsse, hat die Praxis beseitigt. Glück V S. 445, Vangerow I §. 180 Anm. Nr. 3.

Wiedereinsetzungsgrund weggefallen ist[11], für die Wiedereinsetzung von Gemeinden und kirchlichen Korporationen von dem Tage der Verletzung an[12]. Gegen den Ablauf dieser Frist kann, wenn ein rechtfertigender Grund vorliegt, wieder Wiedereinsetzung begehrt werden[13], jedoch, wenn der rechtfertigende Grund erst eintritt, nachdem die Frist bereits zu laufen begonnen hat, nur binnen der von der Frist noch übrigen Zeit[14].

Die Wirkung der Wiedereinsetzung ist Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes[15]. Die Wiederherstellung erfolgt aber

---

Vgl. über die Verjährung des Anspruchs auf Wiedereinsetzung überhaupt Unterholzner Verjährungslehre II §. 151—155, Burchardi §. 27, Savigny S. 242 - 264. [Seuff. Arch. XXI. 6.]

[11] Ausdrücklich vorgeschrieben für die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit und gegen Versäumnisse, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 — bestritten für Zwang, Betrug, Irrthum, vgl. Vangerow I §. 180 Anm. Nr. 2 in der Mitte. Besonderes für den Fall der Großjährigkeitserklärung in l. 5 pr. C. eod.; über l. 28 §. 3 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 s. Savigny S. 252 Note a. Kenntniß der erlittenen Verletzung ist zum Beginn der Verjährung nicht erforderlich. Burchardi S. 517 fg., Savigny S. 248 fg., Vangerow I §. 180. Anm. Nr. 2. Seuff. Arch. I. 270, VIII. 10.

[12] C. 1. 2 de r. i. i. in VI° 1. 21, cl. un. de r. i. i. 1. 11. Kenntniß der erlittenen Verletzung verlangt auch das canonische Recht (c. 1. 2 de r. i. i. in VI°) nicht. Savigny S. 248—250. A. M. Keil Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 16. Dagegen Vermehren das. XXXIX. 16 (vgl. X. 18). Für das Erforderniß der Kenntniß: Seuff. Arch. III 191, XI. 204, XIV. 191; dagegen XI. 8.

[13] Von Anderen wird dieß geleugnet wegen l. 20 pr. D. de min. 4. 4, welche aber die Wiedereinsetzung bloß deßwegen versagt, weil ein rechtfertigender Grund eben nicht vorliegt (§. 119 Note 9). Vgl. auch l. 19 eod., l. 1—3 C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 1 de r. i. i. in VI° 1. 21. Savigny S. 258—263, Arndts §. 122 Anm. 3.

[14] Mit anderen Worten: derjenige Theil der Wiedereinsetzungsfrist, welcher verfließt, während ein Wiedereinsetzungsgrund besteht, wird nicht gerechnet. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 5 §. 1. 2 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Ein späteres Eintreten eines Wiedereinsetzungsgrundes kann namentlich auch so vorkommen, daß der zur Wiedereinsetzung Berechtigte innerhalb der Frist stirbt und einen Erben hinterläßt, in dessen Person ein Wiedereinsetzungsgrund vorhanden ist. Gerade von diesem Falle sprechen die zuvor erwähnten Stellen.

[15] L. 7 §. 5 l. 27 §. 2. 3 l. 33. 40 pr. l. 48 §. 2 l. 50 D. de min. 4. 4, l. 23 §. 2 l. 26 §. 7. 8 l. 28 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 l. 19 D. de nov. 46. 2, l. 1 §. 1 C. de reput. 2. 48.

nicht bloß zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Wiedereingesetzten, so daß derselbe herausgeben muß, was er durch die eingetretene rechtliche Wirkung gewonnen hat, vorausgesetzt daß er es nicht in Folge gerade des Wiedereinsetzungsgrundes wieder verloren hat[16]. Ebenso tritt er in die Verpflichtungen wieder ein, die etwa früher für ihn bestanden haben, und das Gleiche gilt auch für Dritte, wenn diese durch die nun wiederaufgehobene rechtliche Wirkung befreit worden sind[17]. Dem Bürgen des Wiedereingesetzten kommt die Wiedereinsetzung dann zu Gute, wenn er sich nicht mit Rücksicht gerade auf das Wiedereinsetzungsverhältniß verbürgt hat[18].

Viertes Kapitel.

Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.

I. Ausübung der Rechte*.

§. 121.

Bisher sind die Rechte nur von der Seite ihrer Existenz betrachtet worden, nicht von der Seite ihrer Thätigkeit. Ihre Bestimmung ist aber die Thätigkeit, nicht die Ruhe. Es ist ihre Bestimmung, den ihnen gemäßen Zustand wirklich hervorzurufen. Indem der Berechtigte den seinem Rechte entsprechenden Zustand kraft seines Rechtes verwirklicht, übt er dasselbe aus.

In Betreff der Ausübung der Rechte ist Folgendes zu bemerken.

---

[16] L. 24 §. 4 l. 27 §. 1 l. 40 §. 1 l. 47 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 1 pr. §. 2 C. de reput. 2. 48.

[17] L. 50 D. de min. 4. 4, l. 48 §. 1 i. f. D. de fidei. 46. 1, l. 1 §. 1 C. de reput. 2. 48; l. 20 pr. D. de tutelae 27. 3.

[18] L. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 95 §. 3 D. de solut. 46. 3 (*vv.* sine contemplatione iuris praetorii), Paul. S. R. I. 9 §. 6; l. 3 §. 4 D. de min. 4. 3, l. 51 pr. D. de proc. 3. 3; l. 7 §. 1 D. de except. 44. 1, l. 1. 2 C. de fidei. min. 2. 24. Burchardi S. 569 fg., Savigny S. 217—222. Vangerow §. 183 Anm. 1. Vgl. Seuff. Arch. IX. 5.

* Wächter II §. 32, Unger I §. 68, Sintenis I §. 27.

Es gibt Rechte, welche in der Ausübung zu Grunde gehen, andere, deren Bestand durch die Ausübung nicht afficirt wird[1]. Die Ausübung eines Rechts ist deßwegen nicht wiederrechtlich, weil dadurch ein Anderer Schaden hat[2]; nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Andern zu schaden[3].

Im Besonderen ist die Ausübung eines Rechts deßwegen nicht widerrechtlich, weil dadurch die Ausübung des Rechts eines Andern unmöglich gemacht, oder das Recht eines Andern zerstört wird[4] [5], es müßte denn das Recht des Andern einen rechtlichen

---

§. 121. [1] Von der letzteren Art sind die dinglichen Rechte, von der ersteren die Forderungsrechte und überhaupt die Ansprüche, mit Ausnahme jedoch der auf ein dauerndes (positives oder negatives) Verhalten gerichteten.

[2] Man pflegt zu sagen: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam. Der Grundsatz ist anerkannt in l. 55. 151. 155 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Anwendungen in l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 11. 21 l. 21 D. de aqua et aquae 39. 3. [Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 312 fg.].

[3] Lediglich zu dem Ende, um einem Andern zu schaden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Berechtigte an der Ausübung seines Rechts kein irgendwelches anderes Interesse habe. Es ist natürlich nicht an ihm, ein solches Interesse darzuthun; der Gegner muß ihm die Abwesenheit desselben nachweisen, und dieser Beweis ist sehr schwer zu führen. Deßwegen ist die ganze Bestimmung nicht sehr praktisch; man geht aber auf der anderen Seite zu weit, wenn man auch mit dieser Maßgabe ihre Allgemeingültigkeit bestreitet (so namentlich Wächter II S. 194, Unger I S. 616, Werenberg und Ihering in Jahrb. f. Dogm. VI S. 34. 104—106, s. auch die Citate bei Vangerow I S. 297 Anm. Nr. 1; eine Mittelmeinung bei Sintenis I S. 234), und sie auf die speciellen Fälle, in welchen sie in den Quellen erwähnt wird, beschränken will. Die betreffenden Stellen (l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 1 §. 12 l. 2 §. 5. 9 D. de aqua et aquae 39. 3 vgl. l. 3 pr. D. de op. publ. 50. 10) enthalten keine Andeutung von einer solchen Beschränkung; sie wollen offenbar ein Princip anwenden. Vgl. [A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 44. 45. Auch] Seuff. Arch. X. 222, [XXI. 192. Blätter f. RAnwend. Ergänz.-Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 308 fg.].

[4] Man spricht in diesen Fällen von Collision der Rechte. Ueber diese Lehre sind zu vergleichen: Thibaut Versuche II. 14 (1798, 2. Aufl. 1817). Hufeland Geist des röm. Rechts II. 7 (1817). Stahl über die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte (1826). Kierulff I S. 230—240, Wächter II §. 76, Böcking I §. 128, Unger I. §. 70.

[5] Der Gläubiger thut nicht Unrecht, wenn er durch die Eintreibung seiner

Vorzug genießen[6]. In besonderen Fällen tritt bei einer solchen Collision eines Rechts mit einem andern Rechte Theilung des Genusses[7], oder Entscheidung durch das Loos ein[8].

Die Ausübung eines Rechts kann beeinträchtigend auch auf ein anderes Recht des nämlichen Berechtigten wirken. Dieß ist bei Ansprüchen der Fall, wenn sie auf Dasselbe gehen; es kann dann nicht für jeden Anspruch Befriedigung begehrt werden, sondern die Befriedigung des einen ist auch die Befriedigung des andern[9]. Auf Dasselbe gehen aber zwei Ansprüche dann, wenn

---

Forderung dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger nimmt. Der Correalgläubiger kann deßwegen nicht weniger seine Forderung geltend machen, weil er dadurch den andern Correalgläubiger seiner Forderung beraubt. Es gilt in diesen Fällen der Grundsatz: occupantis oder possidentis melior est condicio. Vgl. l. 6 §. 7 l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 8; l. 2 D. de duob. reis 45. 2; l. 9 §. 4 D. de Publ. act. 6. 2; l. 10 D. de pign. 20. 1; l. 32 D. de proc. 3. 3; l. 33. 126 §. 2 l. 128 pr. D. de R. I. 50 17, c. 65 de R. I. in VI° 5. 13. In dem Falle, wo durch die Ausübung eines Anspruchs die Ausübung eines andern unmöglich gemacht wird, geht schon derjenige vor, welcher zuerst ein Urtheil erlangt hat, l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 10 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 10 l. 4 D. de in rem verso 15. 3.

[6] Widerrechtlich ist es daher z. B. allerdings, wenn ein Weideberechtigter so viel Vieh auf die Weide treibt, daß dadurch die Ausübung einer früher bestellten Weidegerechtigkeit geschmälert wird.

[7] Namentlich bei dem Concurse, so weit sich bei demselben nicht der Vorzug der dinglichen Rechte vor den persönlichen, und der Forderungsprivilegien geltend macht.

[8] L. 5 D. fam. erc. 10. 2, vgl. l. 14 D. de iud. 5. 1, l. 24 §. 17 D. de fideic. lib. 40. 5. L. 3 C. comm. de leg. 6. 43 gehört nicht hierher; wenn mehrere Vermächtnißnehmer, welche sich einen Gegenstand aussuchen sollen, sich über die Wahl nicht vereinigen können, so liegt nicht eine Collision von Rechten vor, sondern an und für sich Hinfälligkeit des Vermächtnisses wegen Nichterfüllung seiner Bedingung; an die Stelle dieser Hinfälligkeit hat Justinian die Aushülfe durch das Loos gesetzt.

[9] „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur", l. 57 D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 43 §. 1 eod., l. 41 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. So hat der bestohlene Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe der gestohlenen Sache: 1) aus dem Diebstahl, 2) aus seinem Eigenthum, 3) möglicherweise aus einem Contractsverhältnisse, in welchem er mit dem Diebe steht; aber er kann deßwegen die Sache nicht mehr als einmal einfordern, l. 9 §. 1 D. de furtis 47. 2, l. 45. 47 pr. D. pro socio 17. 2, l. 2 §. 1 D. de tutelae 27. 3, l. 34 §. 1. 2 D. de O. et A. 44. 7. Andere Anwendungen in: l. 13 D. de

der durch sie zu erreichende Zweck derselbe ist[10]. Identität des verpflichteten Subjects ist dabei nicht erforderlich[11].

Die Ausübung eines Rechts läßt regelmäßig Stellvertretung zu; es gibt aber auch Rechte, welche durch Stellvertreter nicht ausgeübt werden können[12]. Wo Stellvertretung zulässig ist, kann die Ausübung eines Rechts einem Andern auch zu seinem eigenen Nutzen überlassen werden. Dieß ist noch in doppelter Weise möglich. Entweder so, daß der Berechtigte nur verpflichtet ist, die an und für sich ihm zustehende Ausübung seines Rechts einem Andern zu gestatten, oder so, daß der Andere ein eigenes, folglich auch gegen Dritte geltend zu machendes, Recht zur Aus-

---

R. V. 6. 1, l. 36 §. 2 D. de H. P. 5. 3, l. 18 l. 27 §. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 §. 1 D. commod. 13. 6, l. 47 §. 1 l. 50 D. pro socio 17. 2, l. 43 D. loc. 19. 2; l. 2 §. 3 D. de priv. del. 47. 1, l. 14 §. 13 D. quod met. causa 4. 2; l. 35 §. 1 D. loc. 19. 2, l. 38 §. 1 D. pro socio 17. 2; l. 28 D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 §. 12 D. de dote prael. 33. 4. — Die herrschende Auffassung spricht hier von Untergang der „Klagen" durch „Concurrenz", obgleich zugestanden wird, daß das, was untergeht, nicht die Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung des Anspruchs sei, sondern der Anspruch selbst, daß auch der Untergang nicht durch das bloße Zusammentreffen zweier Ansprüche (Klagen) bewirkt werde, sondern durch die Befriedigung des einen. Daß man vom Untergange der Klagen, statt von dem Untergange der Ansprüche, redet, hat auch hier seine Veranlassung in der Ausdrucksweise der Römer, die statt des Anspruchs die actio nennen. Vgl. Windscheid die Actio rc. rc. S. 31 fg. mit Kierulff S. 241—268, Savigny V §. 231—236, Wächter II §. 67, Brinz I §. 40, Unger II §. 117. Eine eigene (wenig empfehlenswerthe) Schrift über diesen Gegenstand ist die von Martens: über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen (1856).

[10] Diese Formel, gegen welche ich mich früher erklärt habe (an dem in der vor. Note angeführten Orte) erscheint unter den bisher vorgeschlagenen immer noch als die beste. Es kommt nicht auf den Inhalt der Willensbestimmung an, auf welche der Anspruch geht, sondern auf den Zweck, welcher durch dieselbe erreicht werden soll. Der Anspruch auf Verschaffung einer bestimmten individuellen Sache, welcher Jemandem aus einem Kaufe zusteht, wird durch die Befriedigung des Anspruchs, welchen er auf Verschaffung derselben Sache aus einer Schenkung hat, nicht beseitigt; die Verschaffung hat im ersten Fall den Zweck, ihm ein Aequivalent für das von ihm gezahlte oder zu zahlende Kaufgeld zu geben, im zweiten, ihm eine Liberalität zu erweisen. Dagegen hat der Anspruch auf Herausgabe des Besitzes einer Sache denselben Zweck, mag er auf Grund des Eigenthums, oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses, z. B. eines Hinterlegungsvertrages, erhoben werden; im ersten Falle geht zwar der Anspruch

übung des fremden Rechts hat. In diesem letzterem Falle ist das fremde Recht, die unkörperliche Sache, in derselben Weise Gegenstand eines Rechts, wie die fremde körperliche Sache Gegenstand eines Rechts sein kann[13].

II. Rechtsverletzung.

§. 122.

Verletzt ist ein Recht, wenn demselben der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten nicht entspricht; eine Rechtsverletzung begeht derjenige, durch welchen der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten ein dem Rechte nicht entsprechender ist. Je nach dem das Recht (der Anspruch) auf ein Thun oder Nichtthun geht, besteht die Rechtsverletzung in einem Nichtthun oder Thun[1]. Daß der Berechtigte den Willen,

---

zunächst auf Herstellung des dem Eigenthumsrechte entsprechenden Verhältnisses, im zweiten auf Erfüllung eines Versprechens, aber der Zweck beider Leistungen ist kein anderer, als der, daß der Berechtigte die Sache besitze. So haben ferner Ansprüche auf Ersatz eines bestimmten Schadens denselben Zweck, mögen sie auf die Delictsnatur der schadenden Handlung, oder auf eine Vertragspflicht gegründet werden. — Keller (§. 83) will jetzt Alles auf die Identität der begründenden Thatsache bei Mehrheit der auf dieselbe passenden rechtlichen Gesichtspunkte gestellt wissen; aber wie paßt das z. B. auf rei vindicatio und actio commodati? — Ueber die specielle Frage, ob die mehreren Ansprüche auf Strafe, welche aus einer mehrere Strafgesetze verletzenden Handlung entstehen, auf Dasselbe (Strafe) gehen, oder nicht auf Dasselbe (Strafen), s. II. §. 326 Note 8. 9.

[11] L. 5 §. 15 D. comm. 13. 6, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3, l. 1 §. 10 l. 2—4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 14 §. 15 D. quod met. c. 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3.

[12] Zu allgemein c. 68 de R. I. in VI° 5. 13. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“.

[13] Dieses Verhältniß, welches nicht immer gehörig erkannt, oder doch nicht gehörig hervorgehoben wird, findet namentlich Statt bei der Veräußerung des Nießbrauchs und (nach römischem Rechte) der Forderungsrechte, und bei der Verpfändung unkörperlicher Sachen. S. diese Lehren (I §. 205. 239, II §. 329).

[1] Beispiele: Jemand entzieht dem Eigenthümer den Besitz seiner Sache; auf einem Grundstück, welches mit einer das Bauen verbietenden Dienstbarkeit belastet ist, wird ein Gebäude errichtet; der Schuldner befriedigt seinen Gläubiger zur Verfallzeit nicht. §. 122.

21*

von seinem Rechte Gebrauch zu machen, besonders an den Tag gelegt habe, ist Bedingung der Rechtsverletzung nicht[2].

Die Rechtsverletzung kann eine dauernde oder eine vorübergehende sein[2a]. Ist sie eine dauernde, so erzeugt sie einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung (des verletzenden Zustandes). Dieser Anspruch kann in seinem praktischen Gehalt möglicherweise mit dem verletzten Rechte ganz zusammenfallen, möglicherweise kann sein praktischer Gehalt ein anderer oder doch ein weitergehender sein[3]. Ist die Rechtsverletzung eine vorübergehende, so kann sie bloß einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Folgen der Verletzung erzeugen, und sie thut dieß nur dann, wenn den Verletzer eine Schuld trifft[4].

Erfolgt die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung oder ihrer

---

[2] Es kann aber die Erklärung des Berechtigten, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen, zur Rechtsverletzung insofern erforderlich sein, als erst durch diese Erklärung bewirkt wird, daß ein dem Recht nicht entsprechender thatsächlicher Zustand vorhanden sei. Dieß ist der Fall bei Ansprüchen (dinglichen oder obligatorischen), welche auf ein Thun des Verpflichteten gehen, ohne die Zeit des Thuns zu bestimmen. Die dadurch gegebene Unbestimmtheit kann durch eine Erklärung des Berechtigten, daß er gerade jetzt Leistung verlange, ausgefüllt werden; bis sie aber in dieser Weise ausgefüllt ist, kommt sie dem Verpflichteten zu Gute, und es ist bis dahin nicht wahr, daß der Verpflichtete sich nicht verhält, wie der Anspruch von ihm verlangt, eben weil der Anspruch nur auf Thun überhaupt, nicht auf sofortiges Thun geht. Vgl. über den Begriff der Rechtsverletzung namentlich Unger II §. 108; auch Demelius Untersuchungen S. 146 fg. (dawider Unger a. a. O. Note 11).

[2a] Besitz einer fremden Sache, Nichtbefriedigung des Gläubigers; Vernichtung oder Beschädigung einer fremden Sache.

[3] Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, welcher ihn nicht zur rechten Zeit befriedigt hat, geht, wenn der Schuldner nicht in Verzug ist, genau auf Dasselbe, wie das Recht oder der Anspruch, der vor der Nichtbefriedigung vorhanden war; er geht auf Befriedigung. Ist der Schuldner in Verzug, so geht der Anspruch auf Befriedigung und Leistung des Interesse wegen der zu späten Befriedigung. Der Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, der ihm seine Sache vorenthält, geht auf etwas ganz Anderes, als das dingliche Recht, aus welchen er entstanden ist; dieses hat zum Inhalt die Beherrschung einer Sache, jeder Anspruch enthält eine Forderung gegen die Person des Besitzers auf Herausgabe der Sache und die damit zusammenhängenden Leistungen.

[4] Vgl. hierzu Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 162 fg. [Ihering das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 4—8.]

Folgen nicht, so darf sich der Verletzte nicht durch eigene Macht zu dem ihm Gebührenden verhelfen, er muß sich vielmehr klagend an den Staat wenden und diesen um Hülfe angehen. Das Recht zu klagen[5] setzt jedoch ferner voraus, daß in oder nach der Rechtsverletzung ein Widerstreben des Verletzenden gegen den berechtigten Willen zu Tage getreten sei. Ist dieß nicht der Fall, und der Verletzer erklärt sich auf die Klage sofort bereit, den Kläger zu befriedigen, so wird die Klage als unbegründet zurückgewiesen und der Kläger in die Kosten verurtheilt[6].

Der Staat gewährt aber Rechtshülfe nicht auf einseitiges Anrufen des Klägers; er hört vorerst den Beklagten. Behauptet dieser, daß das Recht auf seiner Seite und nicht auf der des Klägers sei, so tritt darüber eine Verhandlung ein. Das aus dieser Verhandlung sich ergebende Resultat wird in einem

---

[5] Das Klagerecht in diesem Sinne ist ein Recht gegen den Staat. Man kann unter Klagerecht aber auch ein Recht gegen den Gegner verstehen, die Befugniß, durch Klage zu verfolgen, was man von ihm in Anspruch nimmt. Vgl. Windscheid die Actio, Abwehr 2c. 2c. §. 11. 12.

[6] Das etwa dennoch erlassene Urtheil hat nur declaratorische Bedeutung. Vgl. Wetzell Civilproceß S. 513 (2. Ausg.). Wenn die Römer dem Berechtigten „actio" auch ohne Widerstreben des Verletzenden, ja ohne Rechtsverletzung, zuschreiben, so erklärt sich dieß daraus, daß sie als actio den rechtlich anerkannten Anspruch überhaupt bezeichnen, daß für sie „Gerichtsanspruch" der Ausdruck ist für „Rechtsanspruch" (§. 44). Indem die Neueren dieß weniger verkennen, als nicht genügend beachten, nehmen sie auch für das heutige Recht ein concret begründetes Klagerecht (im Gegensatz des abstracten oder eventuellen; gegen diesen Begriff mit unzureichenden Gründen Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 6) wenigstens sofort nach der Rechtsverletzung an, theilweise auch schon bei Nichtbefriedigtheit des Forderungsrechts, die dann aber auch wohl mit der Rechtsverletzung identificirt wird. Vgl. über die verschiedenen Ansichten, die sehr aus- und durcheinander gehen: Hasse d. J. Rhein. Mus. VI S. 1 fg., Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 36 fg., Kierulff I §. 9. 11, Savigny V §. 205. 239, Sintenis I §. 29. 31, Puchta §. 81. 90 und Vorl. dazu, Wächter II S. 413. 807, Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII S. 295 fg. und Pand. I §. 147 Anm., Böcking §. 131. a, Demelius Untersuch. Nr. 2, Arndts §. 96. 107, Brinz I §. 48, Unger II §. 113. 116, Neuner (Note 4) S. 158 fg. S. auch oben §. 44. Das praktisch Wichtige ist, daß die römischen Grundsätze von der actio richtig angewandt werden, und hier hängt Alles von der Einsicht ab, daß die actio eine Rechtsverletzung nicht voraussetzt.

Urtheile zusammengefaßt, und nur wenn dasselbe dem Kläger günstig ist, wird gegen den auch jetzt noch widerspenstigen Beklagten Zwang, die Execution, verhängt[7]. — Die Organe, durch welche der Staat zum Zwecke der Realisirung der Rechtshülfe thätig wird, sind die Gerichte; die Gesammtheit der zur Erreichung dieses Zweckes erforderlichen Acte nennen wir den Proceß. Der Proceß muß sich nach gewissen Regeln bewegen; davon ist hier nicht zu reden. Der Proceß hat aber auch Wirkungen nach der Seite des materiellen Rechts; diese Wirkungen gehören hierher (§. 124—132). Nur eine Lehre des Processes gibt es, welche aus einem unten anzugebenden Grunde hier nicht ganz übergangen werden kann, die Lehre vom Beweise (§. 133).

Vor allem Diesem ist aber noch näher von dem Verbot der Selbsthülfe zu handeln.

III. Verbot der Selbsthülfe*.

§. 123.

Wer in einem Rechte verletzt ist oder verletzt zu sein glaubt, muß sich um Hülfe an den Staat wenden; er darf sich nicht selbst helfen. Die Selbsthülfe widerspricht dem Wesen der staatlichen Ordnung; sie unterwirft den Schwächeren dem Irrthum und dem bösen Willen des Stäkeren. Daher ist sie als solche unerlaubt[1]. Während aber das römische Recht dieß im Allge-

[7] Möglicherweise kann das Gericht bloß zu dem Ende angerufen werden, um einen zwischen den Parteien streitigen Punkt festzustellen. Auch in diesem Fall wird heutzutage der Ausdruck Klage gebraucht, obgleich hier Hülfe gegen widerfahrenes Unrecht nicht begehrt wird. Besser paßt der römische Ausdruck actio (actio praeiudicialis), insofern actio zunächst gerichtliche Verfolgung im Allgemeinen bezeichnet. — Von noch anderer Art ist die Anrufung des Gerichts zu dem Ende, daß es eine eingetretene rechtliche Wirkung wieder aufhebe (in integrum restitutio, querela inofficiosi testamenti). Für diesen Fall ist der Ausdruck Klage heutzutage nicht durchweg üblich; bei der Wiedereinsetzung spricht man von Imploration.

* Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 21 (1828). Benfey Rhein. Mus. VII. 1 (1835). Sartorius Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 1 (1845). Wächter II. §. 61, Unger II §. 111. [Schwarze RLex. X S. 125 fg. (1856). J. Schmidt die Selbsthülfe im röm. Privatrecht (1868).]

§. 123. [1] A. M. Benfey a. a. O., Puchta Pand. §. 80 und Vorles. dazu. Vgl. auch Briegleb summar. Processe S. 182 fg. 370 fg.

meinen anerkennt[2], indirect auch dadurch, daß es die Selbstvertheidigung ausdrücklich für erlaubt erklärt[3], hat es doch nachtheilige Folgen nicht an die Selbsthülfe als solche, sondern nur an die hauptsächlichsten Formen derselben angeknüpft; im Uebrigen überläßt es die Selbsthülfe sowohl in civilrechtlicher als criminalrechtlicher Beziehung den allgemeinen Bestimmungen über Eigenmacht, widerrechtlichen Zwang und Gewaltthätigkeit[4]. Die erwähnten nachtheiligen Folgen sind folgende[5].

1) Der Gläubiger, welcher zum Zwecke seiner Befriedigung Sachen seines Schuldners wider dessen Willen und ohne richterliche Erlaubniß fortnimmt oder den Schuldner zur Hingabe von solchen Sachen zwingt, verliert sein Forderungsrecht[6]. Dieser Satz ist auf den Fall ausgedehnt worden, wo der Gläubiger an den Sachen eines Dritten oder an den Kindern seines Schuldners sich Recht zu verschaffen versucht[7]. Das Forderungsrecht geht ganz unter, ohne daß eine natürliche Verbindlichkeit übrig bliebe[8].

---

[2] L. 9 C. sol. matr. 5. 18; vgl. l. 176 pr. D. de R. I. 50. 17.

[3] L. 1 §. 4 l. 3 D. de I. et I. 1. 1, l. 4 pr. l. 29 §. 1 l. 45 §. 4 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 1 §. 27. 28 l. 3 §. 9 l. 17 D. de vi 43. 16, l. 1. C. quando liceat 3. 27, l. 1 C. unde vi 8. 4, c. 18 X. de homic. 5. 12. Vgl. l. 29 §. 3 l. 49 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 §. 4 D. quod vi 43. 24, l. 3 §. 7 D. de incend. 47. 9.

[4] Interdictum unde vi, interdictum uti possidetis, interdictum quod vi aut clam, actio quod metus causa, crimen vis.

[5] Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Strafen s. Linde a. a. O. S. 433 fg. und die das. Citirten, Seuffert §. 36 Note 6. Seuff. Arch. V. 248, IX. 158. XII. 4, XVI. 191; I. 121; X. 5.

[6] Dieser Satz beruht auf einer Entscheidung des Kaisers Marc Aurel, und ist daher bekannt unter dem Namen des decretum D. Marci. Er kommt in den Quellen zweimal vor, in einer engeren und in einer weiteren Gestalt (hinzugekommen ist die Erwähnung des Zwanges), l. 7 D. ad leg. Iul. de vi priv. 48. 7, l. 13 D. quod met. causa 4. 2, l. 12 §. 2 eod. Unter Sachen des Schuldners sind nicht bloß solche zu verstehen, deren Eigenthümer er ist, sondern alle, an deren Behalten er ein Interesse hat, arg. l. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47. 8 Benfey S. 22—25. Gewalt bei der Wegnahme ist nicht erforderlich. Seuff. Arch. V. 248, vgl. X. 5. [Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 31 Nr. 1.] Dagegen reicht bloßer Versuch nicht hin. Seuff. Arch. XII. 4, XV. 97. Gegen die Erstreckung auf Geltendmachung von Rechten, die nicht Forderungsrechte sind: Seuff. Arch. XVI. 95. [Vgl. noch Budde u. Schmidt a. a. O. Nr. 7.]

[7] Nov. 52 c. 1, Nov. 134 c. 7.

2) In gleicher Weise verliert der Eigenthümer, wenn er seine in fremdem Besitze befindliche Sache dem Besitzer wegnimmt, sein Eigenthumsrecht an den Besitzer. Ist der Wegnehmende gar nicht Eigenthümer, so wird er um den Werth der Sache gestraft[9].

Erlaubt ist die Selbsthülfe, wenn ohne dieselbe ein unwiderbringlicher Verlust entstehen würde[10], so wie nach deutschrechtlichen Grundsätzen soweit das s. g. Pfändungsrecht reicht[11].

---

[8] Das Gegentheil behaupten Bensey S. 14, Sartorius S. 44, Schwanert Naturalobligationen S. 474 auf Grund der l. l. 19 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Allerdings heißt es hier ganz allgemein: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet". Aber die Anwendung solcher abstracter Aussprüche der Quellen auf Fälle, für welche ein besonderer Anhalt nicht vorliegt, erscheint äußerst bedenklich (man denke z. B. an das „errantis nulla voluntas est" [§. 78 Note 1a] und an l. 7. 8 D. de I. et F. I. 22. 6 [§. 79 Note 14]); der Verfasser jener Stelle hatte ohne Zweifel die Vorschrift des SC. Macedonianum im Auge. Vgl. II §. 289 Note 22. — Bei Obligationen aus zweiseitigen Verträgen entsteht die besondere Frage, ob der Schuldner, welcher durch die gegen ihn geübte Selbsthülfe frei geworden ist, die Gegenleistung fordern könne (Vangerow I §. 133 Anm.), oder nicht (Burchardi Arch. f. civ. Pr. XVIII. 16). Man muß unterscheiden, ob die Selbsthülfe gerichtet war auf Leistung gegen Gegenleistnng (z. B. auf Zahlung des Kaufpreises unter Anbietung des Kaufgegenstandes, wie in dem von Burchardi a. a. O. angeführten Fall), oder auf Leistung schlechthin (z. B. Zahlung des Kaufpreises). Im ersten Fall verliert der Gläubiger auch nur das Recht auf Leistung gegen Gegenleistung, d. h. der Schuldner ist zwar an den Vertrag nicht mehr gebunden, aber er kann aus demselben nicht fordern, ohne seinerseits zu leisten; im zweiten Fall verliert der Gläubiger das Recht auf Leistung schlechthin, d. h. der Schuldner braucht aus dem Vertrage nicht zu leisten, und kann doch aus demselben fordern, bez. behalten was er bereits erlangt hat. Diese Unterscheidung ist zwar in l. 50 D. de A. E. V. 19. 1 nicht gemacht; aber es ist auch eine unbewiesene Annahme, daß diese Stelle sich auf die Strafe der Selbsthülfe beziehe oder mitbeziehe. Vgl. Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 355; auch II §. 321 Note 16.

[9] Dieser Satz beruht auf einer Constitution vom Jahr 389, l. 7 D. unde vi 8. 4. Vgl. §. 1 I. vi bon. rapt. 4. 2, §. 6 I. de interd. 15.; c. 18 de praeb in VI° 3. 4, R. G. O. 1521 Tit. 32 §. 2, R. A. 1532 Tit. 3 §. 15. Seuff. Arch. IX. 158. — Dem Fall der Wegnahme einer fremden Sache steht der Fall gleich, wo derjenige, dem sie vom Eigenthümer vermiethet oder vergünstigungsweise (praecario) hingegeben worden ist, ihre Rückgabe verweigert, l. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 c. de loc. 4. 65. Vgl. II §. 263 Note 10.

[10] L. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

[11] Das deutsche Rechtsbewußtsein war von jeher der Selbsthülfe weit

IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses*.

A. Der Beginn des Processes**.

§. 124.

Schon der Beginn des Processes übt einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten aus. Dieser Einfluß zeigt sich vorzugsweise in einer Steigerung des klägerischen Anspruchs. Hiervon wird in diesem §. die Rede sein, von den anderen civilrechtlichen Wirkungen des Proceßbeginns im folgenden.

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs macht sich geltend nach einer doppelten Richtung. Einmal wird durch den Proceßbeginn der Anspruch fähig gemacht, Einflüssen zu widerstehen, denen er sonst unterliegen würde; sodann erweitert sich sein Umfang. In der einen und der anderen Richtung ist jedoch die Steigerung des Anspruchs keine absolute, d. h. sie findet nur Statt für diesen Proceß und die in demselben erfolgende Verurtheilung; kommt es in diesem Processe zu einer Verurtheilung nicht, so ist der Anspruch für einen später etwa zu erhebenden Proceß nur so vorhanden, wie er vorhanden sein würde, wenn der Proceß gar nicht geführt worden wäre[1].

---

weniger abgeneigt, als das römische; das genannte Pfändungsrecht ist das letzte Ueberbleibsel dieses Zuges. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler §. 55, Gerber §. 68—71, Bluntschli §. 102. 103; aber jetzt auch v. Meibom das deutsche Pfandrecht (1867) S. 190 fg. [Stobbe krit. VJSchr. X S. 287—290.]

* Keller über Litiscontestation und Urtheil nach klassischem römischen Recht (1827). Wächter II §. 71—73 und Erörterungen 3. Heft (1846). Buchka die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß. 2 Bde. (1846. 1847). Savigny System Band VI (1846. 1847).

** Vgl. außer den zuvor citirten Schriftstellern: Keller röm. Civilproceß §. 59—62, Rudorff röm. RGesch. II §. 71. 79. 80, Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II §. 102—104. III §. 153; Kierulff S. 270—284, Vangerow I §. 159. 160, Sintenis I §. 33, Unger II §. 127. 128; Wetzell Civilproceß §. 14; Windscheid die Actio ꝛc. §. 8. 9.

[1] Es liegt ungemein nahe, dieß so auszudrücken, daß man sagt, durch §. 124.

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs, von welcher hier die Rede ist, hat ihren Grund hauptsächlich in folgender Betrachtung. Der Kläger, dessen Anspruch begründet ist, kann eigentlich verlangen, daß ihm sogleich zu dem Seinigen geholfen werde.

---

den Beginn des Processes verwandle sich der klägerische Anspruch in einen Condemnationsanspruch, für den dann besondere Grundsätze maßgebend seien. Hiergegen ist aber Zweierlei zu erinnern. 1) Unter Condemnationsanspruch wird man nicht gut etwas Anderes verstehen können, als einen Anspruch auf Condemnation; einen Anspruch auf Condemnation hat aber der Kläger nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den Richter, und die Einmischung dieses publicistischen, nicht privatrechtlichen, Begriffs ist verwirrend. Will man auch hiervon absehen, so ist doch jedenfalls 2) die Vorstellung abzuweisen, als erfolge die Condemnation des Beklagten, wenn sie erfolgt, nicht auf Grund des ursprünglichen, sondern auf Grund eines durch den Beginn des Processes neu entstandenen Anspruchs; der Beklagte wird verurtheilt, weil der von dem Kläger in den Proceß eingeführte Anspruch begründet ist, nicht weil durch den Proceß eine besondere Verpflichtung, sich verurtheilen zu lassen, für ihn entstanden wäre. Will man also eine Verwandlung annehmen, so hat man sich darunter auch nur eine solche zu denken, welche das Alte, indem sie es in seiner Substanz unberührt läßt, bloß ändert, nicht aber eine solche, in welcher das Alte durch Setzung eines Neuen aufgehoben wird. — Für das classische römische Recht war die Idee der Verwandlung in dem hier zurückgewiesenen Sinn durch folgenden Umstand noch näher gelegt. Nach classischem römischen Recht konnte ein Anspruch nicht zweimal den Gegenstand eines Processes bilden: de eadem re ne bis sit actio (Bekker processualische Consumption §. 3. 4, Krüger processualische Consumtion §. 1, Rudorff röm RGesch. II §. 78 Note 1). Wurde er in einem zweiten Processe geltend gemacht, so konnte, welches auch das Schicksal des ersten Processes gewesen sein mochte, der Beklagte sich in gewissen Fällen mit der einfachen Negation der Existenz des Anspruchs, in anderen mit einer Einrede (exceptio rei in iudicium deductae) vertheidigen (Gai. III. 180. 181. IV. 106—108). Wer also über einen Anspruch Proceß erhoben hatte, erhielt aus demselben ganz gewiß nur, was ihm in diesem Processe zugesprochen wurde, in jeder anderen Beziehung hatte er den Anspruch verloren; er hatte den Anspruch nur noch innerhalb dieses Processes, nicht mehr außerhalb desselben. Von da bis zu dem Satze: er habe den alten Anspruch gar nicht mehr, statt desselben nur noch den Proceß, das iudicium, den dem iudex ertheilten Condemnationsbefehl, war ein leicht zu machender Schritt, und so sehen wir denn auch im römischen Recht in der That die Vorstellung der Novation auftreten. Freilich auch nur die Vorstellung; Consequenzen werden daraus nicht gezogen. Vgl. Gai. III. 180, l. 29 D. de nov. 46. 2; auch l. 2 §. 8 D. de H. v. A. V. 18. 4, Vat. fr. 263. Wenn die Quellen in dem Proceßbeginne sogar ein „contrahere" erblicken (l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1, l. 22 D. de tutelae 27. 2), so muß man sich nur erinnern,

Dieß ist aber wegen der durch den Widerspruch des Beklagten nothwendig gewordenen Verhandlung und richterlichen Prüfung nicht möglich; dieselbe nimmt immer eine gewisse, und oft eine geraume Zeit in Anspruch. Soll dadurch der Kläger Nachtheil erleiden? Offenbar ist dieß unbillig, und so erscheint es als das Rechte, daß der Beklagte, wenn es zum Urtheil kommt, dem Kläger auf Alles verurtheilt werde, was derselbe gehabt haben würde, wenn er sogleich zur Zeit des erhobenen Processes befriedigt worden wäre. Das römische Recht spricht denn auch diesen Satz wirklich aus[2], ist jedoch weit davon entfernt, denselben unbedingt durchzuführen. In der That würde eine unbedingte Durchführung desselben eine gleiche Unbilligkeit für den Beklagten enthalten, wie diejenige ist, gegen welche er den Kläger zu schützen bestimmt ist. Wenn es recht ist, daß der Kläger keinen Nachtheil davon habe, daß er den Proceß führen muß, ist es denn recht, daß der Beklagte einen Nachtheil davon habe, daß

---

in wie weitem und unbestimmtem Sinn sie diesen Ausdruck gebrauchen (vgl. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 1 D. de rel. 11. 7, l. 3 §. 3 l. 4 D. quib. ex caus. 42, 4, l. 13 §. 3 C. de iud. 3. 1, l. 41 D. de admin. 26. 7 [„dolo contraxit"!]) Nähere Ausführung des hier Gesagten in meiner Schrift über die Actio ꝛc. §. 8. Die herrschende Ansicht nimmt es mit der bezeichneten Novationsidee mehr oder minder ernst. S. außer den oben citirten Schriften von Bekker und Krüger über die processualische Consumtion: Keller Litiscontest. §. 8—14, Wächter Erörter. III S. 3 fg., Buchka a. a. O. §. 1—7, Savigny §. 258. Jedenfalls ist im Justinianischen Rechte die consumirende Wirkung des Proceßbeginnes abgestorben, obgleich nicht alle Spuren derselben aus der Compilation getilgt worden sind. Savigny VI S. 25, Wächter Erörterungen III S. 35 fg., meine Schrift über die Actio ꝛc. S. 65. 66, Krüger a. a. O. S. 202 fg., Sintenis I §. 33 Anm. 6. Doch ist auch dieß nicht unbestritten, Bekker a. a. O. S. 11 fg., Buchka a. a. O. II S. 1 fg., Wetzell Civilproc. §. 14, Wieding der Justinianische Libellproceß S. 394 fg.; auch Kierulff S. 274 fg. [Muther krit. VJSchr. IX S. 330—339.] Die auch heutzutage geltende s. g. exceptio litis pendentis hat einen ganz anderen Sinn, als die exceptio rei in iudicium deductae; sie macht geltend, daß derselbe Anspruch nicht in zwei Processen zu gleicher Zeit verfolgt werden dürfe.

[2] Ein kürzerer Ausdruck dafür ist: es müsse dem Kläger causa rei geleistet werden. S. §. 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 §. 1 l. 20 D. de R. V. 6. 1, l. 31 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 91 §. 7 D. de leg. I° 30, l. 35. 75 D. de V. S. 50. 16.

er sich gegen einen Anspruch vertheidigt, den er für unbegründet hält? Dieß führt zu folgender Vermittelung. Der Beklagte haftet auf das, was der Kläger bei sofortiger Befriedigung gehabt haben würde, nur: 1) wenn er sonst lediglich durch die Fortdauer des Processes einen Gewinn machen würde[3], 2) wenn ihn eine Schuld trifft. In letzterer Beziehung ist aber zu bemerken, daß gerade durch den Proceß eine Schuld begründet sein kann, welche ohne den Proceß nicht vorhanden sein würde. Und zwar gehört dahin noch ein Doppeltes. a) Der Beklagte, welcher von seinem Unrecht überzeugt ist und den Proceß dennoch führt, ist eben dadurch in Schuld, daß er den Proceß überhaupt führt[4]. b) Der Beklagte, welcher von seinem Rechte überzeugt ist, muß nach dem Beginn des Processes sich wenigstens das zum Bewußtsein bringen, daß er trotz seiner redlichen Ueberzeugung doch möglicherweise den Proceß verlieren könne; er darf daher den Proceßgegenstand, welcher ihm immerhin abgesprochen werden kann, nicht mehr als den seinigen behandeln, nicht mehr über denselben verfügen und ihn nicht mehr vernachlässigen, er ist für den Proceßgegenstand verantwortlich wie für einen fremden[5].

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich im Einzelnen folgende Regeln.

1) Nach dem Beginn des Processes erstreckt sich der klägerische

---

[3] L. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1: — „lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet“. L. 35 §. 1 eod.

[4] Er ist in (schuldhaftem) Verzug, und muß daher nach den Grundsätzen vom Verzuge dem Kläger sein Interesse prästiren. „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“ l. 82 §. 1 D. de V. O. 45, 1. Das gilt in gleicher Weise von dinglichen, wie von persönlichen Ansprüchen. Vgl. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 259.

[5] Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß, wenn die Quellen geradezu sagen, durch den Proceßbeginn werde das redliche Bewußtsein des Beklagten in ein unredliches verwandelt (l. 20 §. 11 l. 25 §. 7 l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de fructib. 7. 51, vgl. jedoch über diese letztere Stelle Savigny VI §. 264. h), damit jedenfalls zu viel gesagt ist. Vielleicht ist es auch nicht im allgemeinen Sinne gemeint, sondern hat eine specielle Beziehung auf ein antiquirtes Rechtsverhältniß (die improba usucapio pro herede). Vgl namentlich Savigny VI S. 84 fg. Eine richtige Bezeichnung des Verhältnisses findet sich in l. 10 C. de poss. 7. 32: — „ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet“.

Anspruch auch auf die von da an durch den Beklagten von dem Proceßgegenstand gezogenen Früchte. Unbedingt auf diejenigen, welche der Beklagte zur Zeit des Urtheils noch hat. Was diejenigen angeht, welche er zur Zeit des Urtheils nicht mehr hat, so ist zu unterscheiden zwischen dem unredlichen und dem redlichen Beklagten. Der erste haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, wenn der Kläger, falls er ohne Proceß befriedigt worden wäre, dieselben oder ihren Werth jetzt haben würde; der redliche Beklagte haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, nur dann, wenn er sie in Folge seiner Absicht oder seiner Nachlässigkeit nicht mehr hat. Für die nicht gezogenen Früchte haftet der unredliche Beklagte, wenn der Kläger, der redliche, wenn er selbst bei Anwendung gehöriger Sorgfalt sie hätte ziehen können[6]. Den Früchten steht der sonstige Zuwachs der Sache gleich[7].

2) In gleicher Weise wie in Betreff der Früchte und des Zuwachses ist auch zu unterscheiden, wenn der Proceßgegenstand selbst zur Zeit des Urtheils nicht mehr, oder nicht mehr in unversehrtem Zustande, in den Händen des Beklagten, und im Allgemeinen, wenn die Leistung oder die vollständige Leistung des zu Leistenden dem Beklagten zur Zeit des Urtheils nicht mehr

[6] Die Stellen, welche von der Verhaftung des Beklagten für Früchte handeln, sagen zum Theil nur ganz im Allgemeinen, daß die Früchte, oder die gezogenen Früchte herausgegeben werden müssen, so §. 2 in. I. de off. iud. 4 17, l. 17 §. 1 l. 20 l. 35 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 6. 7 D. ad exh. 10. 4, l. 5 §. 5 D. si ususfr. 7. 6, l. 16 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 2 l. 38 §. 7 D. de usur. 22. 1. Diejenigen Stellen, welche nähere Bestimmungen enthalten, wie §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 33. 62 D. de R. V. 6. 1, l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 19 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 1 §. 1 C. de P. H. 3. 31, l. 5. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 2 C. de fruct. 7. 51, sagen nichts davon, daß der unredliche Besitzer auch für die durch Zufall, und jeder Besitzer für die durch seine Nachlässigkeit verlorenen Früchte hafte. Aber das in dieser Beziehung für die Hauptsache Geltende (Note 8. 9) ist auf die Accessionen ohne Weiteres zu übertragen. Was die im Texte bezeichnete Verhaftung des unredlichen Besitzers für die versäumten Früchte (nicht bloß die nicht geernteten, wie Heimbach Lehre von der Frucht S. 171 fg. will, sondern auch die nicht erzeugten, vgl. Wächter Erörter. I S. 64—68, Schmid Handbuch des gem. bürg. R. I §. 15 Note 108, Vangerow I §. 333 Anm. Nr. II. 1.b, [Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 282. 283]) angeht, so ist dieselbe eine unmittelbare Conse-

möglich ist. Der redliche Beklagte haftet auf Schadensersatz, wenn seine Absicht oder seine Nachlässigkeit der Grund der Unmöglichkeit ist[8], der unredliche Beklagte haftet auch für den Zufall, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei rechtzeitiger Befriedigung der Kläger gegenwärtig weder den Proceßgegenstand selbst noch dessen Werth in Händen haben würde[9]. — Nach den gleichen Grundsätzen ist zu entscheiden, wenn während des Processes eine Preisminderung des Proceßgegenstandes eintritt. Der Beklagte haftet für dieselbe, da er an ihr nicht Schuld ist, nur im Falle der Unredlichkeit, und auch in diesem Falle nicht, wenn er beweisen kann, daß der Kläger auch bei rechtzeitiger Befriedigung von dem gleichen

---

quenz des Satzes, daß der Verzug zur Leistung des vollen Interesse verpflichtet, eine Consequenz, welche in l. 62 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30, vgl. l. 4 C. unde vi 8. 4, ausdrücklich anerkannt ist. Allerdings wird in anderen Stellen auch von dem unredlichen Besitzer gesagt, er hafte für diejenigen Früchte, welche er hätte ziehen sollen, nicht: welche der Kläger hätte ziehen können (l. 5 C. de R. V. 3. 32, §. 2 I. de off. iud. 4. 17, cf. l. 1 C. Th. de fruct. 4. 18); aber es liegt auf der Hand, daß hier die engere Bestimmung aus der weitergehenden corrigirt werden muß, und nicht umgekehrt. A. M. namentlich Savigny VI S. 113 fg.; Literaturangaben bei Vangerow I. §. 333 Anm. Nr. II. 1. c, Unger I §. 56 Note 27, hinzuzufügen Mommsen Mora S. 230—233, [Francke a. a. O. S. 283 fg.]. — Zu den Früchten gehören namentlich auch die Zinsen (§. 144 Note 4. 5), und daher haftet auch für diese der Beklagte selbst wenn er nicht in Verzug ist, soweit die Gewinnung derselben ihm zugemuthet werden konnte (l. 34 D. de usur. 22. 1, l. 1 §. 1 C. de P. H. 3. 31, l. 20 §. 11 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de us. et. fruct. 6. 47). Mit Unrecht wird dieß von Einigen (Wächter Erört. II S. 54. III S. 24. 106, Wetzell Civilproc. I. §. 14 Note 72) bestritten. Vgl. namentlich Savigny VI §. 268—271 (über l. 62 pr. D. de R. V. das. S. 151—154). Seuff. Arch. II. 148, III. 17, V. 19. 261. 284, VII. 291, VIII. 116, XIV. 275 (sämmtlich für die Proceßzinsen). [Vgl. auch III §. 612 Note 25.]

[7] L. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 §. 1 l. 20. 34 D. de R. V. 6. 1, l. 5 §. 5 D. si ususfr. 7. 6, l. 9 §. 7 D. ad. exh. 10. 4.

[8] L. 21 l. 33 l. 36 §. 1 l. 51 D. de R. V. 6. 1.

[9] L. 15 §. 3 l. 16 pr. l. 17 §. 1 l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 20 §. 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 14 §. 11 D. quod met. causa 4. 2. Von dem Falle der Unredlichkeit des Beklagten handeln auch, obgleich sie es nicht ausdrücklich sagen, l. 12 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 12 §. 3 l. 14 §. 1 D. dep. 16. 3. Doch gehen die Ansichten hier sehr auseinander. S. das Nähere in der Lehre vom Verzuge (II §. 280 Nr. 2).

Preisverlust würde betroffen worden sein, d. h. daß er die Sache bis jetzt behalten haben würde[10].

3) Obligatorische Ansprüche, welche an die Person des Berechtigten oder Verpflichteten geknüpft sind, gehen nach dem Proceßbeginn auf die Erben über[11].

4) Im älteren römischen Recht gab es noch einen anderen hierher gehörigen Satz, nämlich den, daß der Beginn des Processes den Anspruch gegen die Einwirkung einer erst später vollendeten Verjährung schütze[12]. Im Justinianischen Recht wird durch die Erhebung des Processes eine jede Verjährung unterbrochen[13], d. h. der Proceß bewirkt nicht mehr, daß die vollendete Verjährung nicht schadet, sondern daß die begonnene Verjährung nicht vollendet werden kann[14].

§. 125.

Die in dem vorigen §. bezeichnete Steigerung des klägerischen Anspruchs ist nicht die einzige Wirkung, welche der Proceßbeginn auf das materielle Rechtsverhältniß ausübt[1].

---

[10] S. II §. 280 Nr. 3.

[11] §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 8. §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 26 l. 58 D. de O. et A. 44. 7, l. 29 D. de nov. 46. 2, l. 87 l. 139 pr. l. 164 D. de R. I. 50. 17, l. 1 C. de her. tut. 4. 53. Seuff. Arch. XIX. 111.

[12] L. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17; §. 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 18 l. 26 l. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 35 D. de V. S. 50. 16; l. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5.

[13] Anerkannt ist dieß für die Anspruchsverjährung (§. 108 Note 4); aber auch für die übrigen Verjährungen muß es behauptet werden, obgleich es hier freilich sehr bestritten ist. S. §. 180 Note 7, §. 213 Note 4, §. 216 Note 12.

[14] Dieser Gegensatz ist auch kein bloß formaler, sondern es knüpft sich eine wichtige praktische Folge an denselben an. Gegen die Einwirkung der vollendeten Verjährung schützte nämlich der Proceß den Anspruch nur für das in diesem Processe erfolgende Urtheil; die Unterbrechung der Verjährung, welche in demselben liegt, wirkt für alle Zeiten. Vgl. l. 1 C. de praescr. l. t. 7. 33.

[1] Außer dem im Folgenden Genannten wird als Wirkung des Proceßbeginnes gewöhnlich auch noch die Verpflichtung desjenigen, qui liti se obtulit, (l. 45 D. de H. P. 5. 3, l. 25—27 pr. D. de R. V. 6. 1) aufgeführt. An und für sich gewiß richtig; nur wird hier durch den Proceß nicht das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß modificirt, sondern ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen neu begründet. §. 125.

1. [2]Nach dem Proceßbeginn darf sowohl der Proceßgegenstand, als der auf denselben erhobene Anspruch, nicht mehr veräußert werden[3]; jedoch gilt dieser Satz, was den Proceßgegenstand angeht, nur für den Fall, wo der auf denselben erhobene Anspruch ein Eigenthums- oder Theilungsanspruch ist[4]. Erfolgt die Veräußerung dennoch, so braucht der Beklagte sich mit dem neuen Erwerber nicht einzulassen[5]. Der Kläger kann verlangen, daß der veräußerte Gegenstand an den Beklagten zurückgegeben werde[6],

---

[2] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch Cession §. 29. 31 (3. Aufl. 1836). Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts Nr. 2 (1848). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel V S. 418—441 (1848). Brinckmann Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität (1849). Zimmermann Arch. f. prakt. RW. I Heft 2 S. 3 fg. (1852). Ders. Arch. f. civ. Pr. XXXV. 13. XXXVI. 3 (1852. 1853). Hartter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 14 (1855). Eigenbrodt Arch. f. prakt. RW. VII S. 193 —210 (1860). Zaun das. VIII S. 281—297 (1869). Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 30—62 (1864). Sintenis I S. 328—332, Vangerow I §. 160 Anm. Nr. 5, Wetzell Civilproc. §. 6 Anm. 7 fg. §. 14 Anm. 77 fg.

[3] Das ältere römische Recht verbot nur die Veräußerung des Proceßgegenstandes, und (abgesehen von dem Fall der Theilungsklage, s. die folgende Note) nur durch den nicht besitzenden Kläger (Gai. IV. 117, fr. de iure fisci §. 8, vgl. l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3). Die Unveräußerlichkeit des im Streite befangenen Anspruchs ist als Regel erst von Justinian verfügt worden (l. 4 C. de litig. 8. 37, vgl jedoch l. 3 eod.; nach l. 4 cit. ist l. 2 eod. interpolirt, vgl. l. 1 C. Th. eod. 4. 5). Gleichfalls erst von Justinian rührt das (allgemeine) Verbot der Veräußerung des Proceßgegenstandes durch den besitzenden Beklagten her (l. 4 C. cit.). Vgl. über das Geschichtliche der Lehre namentlich Bachofen, Zimmermann, Vangerow a. a. OO.

[4] Nov. 112 c. 1; l. 9 D. fin. reg. 10. 1, l. 13. 25 §. 6 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 C. comm. div. 3. 37, l. 3 C. de comm. reb. al. 4. 52. Die von Vielen behauptete Ausdehnung des Verbotes auf andere Fälle des Streites (Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 59 will alle dinglichen und possessorischen Klagen hierher ziehen, s. auch Sintenis a. a. O. Anm. 11, Wächter II §. 71 Note 31) erscheint nicht gehörig gerechtfertigt. Seuff. Arch. I. 201; vgl. noch III. 23.

[5] S. g. exceptio litigiosi. Gai. IV. 117, l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3, l. 1 §. 1 D. de litig. 44. 6, l. 2. C. eod. 8. 37. Jedenfalls die Veräußerung durch den Kläger ist also nicht nichtig (vgl. Note 6).

[6] So versteht man das „redhibere" der l. 4 C. de litig. 8. 37, obgleich diese Stelle doch auch die andere Erklärung zuläßt, daß die Sache an den siegreichen Kläger herausgegeben werden soll. Diese Erklärung liegt bei dem

überdieß aber hat er die Befugniß, das gegen den Veräußerer erstrittene siegreiche Urtheil ohne Weiteres gegen den neuen Erwerber, als wäre es gegen diesen erstritten, geltend zu machen[7]. Dafür hat der Erwerber, wenn er in gutem Glauben erworben hat, gegen den Veräußerer einen Strafanspruch auf den dritten Theil des Kaufpreises bez. des Werthes des veräußerten Gegenstandes[8]. Das Verbot dauert nur so lange, wie der Proceß dauert, hört also auf, wenn derselbe liegen bleibt. Bei gewissen Veräußerungen fällt es ganz weg[9].

2. Durch die Erhebung des Processes wird die Verjährung unterbrochen; nach der Erhebung des Processes ist derjenige Zustand nicht mehr vorhanden, auf dessen ununterbrochener Fortdauer die Verjährung beruht[10].

3. Wenn dem Kläger die Wahl zwischen zwei verschiedenen Ansprüchen oder zwischen zwei verschiedenen Gegenständen desselben

---

folgenden „irrita rei alienatione facta" sogar viel näher: „wenn die Veräußerung durch den von dem Kläger erstrittenen Sieg rechtsunbeständig geworden ist". Durch das canonische Recht und die Praxis ist aber auch der Grundsatz: ut lite pendente nihil innovetur hierher bezogen worden, vgl. c. 3. 4 X. ut lite pendente 2. 16, c. 10 X. de constit. 1. 2. Eigenbrodt S. 200, Wetzell Anm. 80 fg. Möglichkeit richterlicher Sequestration: Wetzell Anm. 84.

[7] So entweder schon nach dem römischen Recht (Note 5), oder jedenfalls nach einer feststehenden Praxis. S. namentlich Zimmermann XXXVI S. 54 fg., Wetzell Civilproc. §. 47 Note 112. — Daß die Veräußerung nichtig sei, ist eine zwar oft aufgestellte, aber nicht zu beweisende Behauptung (vgl. Note 5). S. Wächter §. 71 Anm. 33, Zaun S. 282, Francke S. 51.

[8] L. 4 C. de litig. 8. 37. Diese Stelle droht dem Veräußerer und dem unredlichen Erwerber außerdem eine fiscalische Geldstrafe. Die herrschende Meinung hält die Privatstrafe für heutzutage ebenso unanwendbar, wie die öffentliche Strafe. S. dagegen die Ausführung II §. 326.

[9] Der Natur der Sache nach bei rechtlich nothwendigen Veräußerungen, außerdem bei Veräußerungen zum Zwecke der Ausstattung einer Heirath, bei Vergleichen, Erbtheilungen (vgl. Seuff. Arch. III. 22), Vermächtnissen. L. 4 C. h. t., Nov. 112 c. 1. — Die Behauptung, daß das römische Verbot heutzutage ganz unanwendbar sei, ist grundlos. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 7 a. E., Wächter S. 534. 535. Seuff. Arch. III. 21, V. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251, XV. 217.

[10] Der Anspruch ist kein unausgeübter mehr, der Besitz kein ungestörter mehr ꝛc. Vgl. §. 124 Note 13 und 14 und die dort gegebenen Citate.

Anspruchs zusteht, so kann der Kläger jedenfalls nachdem der Proceß über den einen begonnen hat auf den anderen nicht mehr zurückkommen[11]. In gleicher Weise ist der Proceßbeginn entscheidend, wenn verschiedenen Personen ein Wahlrecht zusteht, so daß von mehreren Ansprüchen der eine der einen, der andere der anderen zu Gute kommen soll, oder wenn mehrere Personen in Betreff eines Anspruchs in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen, so daß der Anspruch nur von einer soll erhoben werden dürfen; in beiden Fällen geht diejenige Person vor, welche zuerst den Proceß begonnen hat[12]. Wird der Proceß nicht weiter fortgesetzt, so kann dadurch die einmal getroffene Entscheidung nicht wieder rückgängig gemacht werden.

§. 126.

In Betreff der in den beiden vorigen §§. bezeichneten Wirkungen des Proceßbeginns ist nun aber noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß der Proceß begonnen habe. Drei Zeitpunkte sind an und für sich möglich: 1) der Zeitpunkt der Einreichung der Klage bei Gericht; 2) der Zeitpunkt der Mittheilung der Klage an den Beklagten, der Zeitpunkt der

---

[11] L. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. C. de cod. 6. 36. Möglicherweise kann sein Wahlrecht schon früher ausgeschlossen sein, s. z. B. l. 4 §. 2 D. de lege comm. 18. 3. [Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 120 fg.]

[12] Von dem ersten der genannten Fälle handelt l. 33 D. de leg. I° 30, von dem zweiten l. 11 §. 21 D. de leg. III° 32; ferner gehört dahin der Fall der activen Correalobligation. — Dagegen wird ein dem Beklagten zustehendes Wahlrecht durch den Proceßbeginn nicht alterirt, selbst nicht, wenn der Schuldner in Verzug ist, wie man irrthümlicher Weise namentlich wegen l. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4 angenommen hat. Wächter Erört. III S. 117 Note 64, Mommsen Beitr. zum Obligationenrecht III S. 259 fg., Vangerow III S. 21. 22. Anders ist es jedoch in dem Fall, wo eine Verpflichtung nicht auf Eines oder das Andere geht, sondern auf Eines mit der Maßgabe, das der Schuldner die Befugniß hat, sich der Erfüllung seiner Verpflichtung durch eine andere Leistung, an dieselbe oder eine andere Person, zu entziehen (s. g. facultas alternativa); diese Befugniß verliert er durch den Proceßbeginn. L. 21 §. 12 l. 22 D. de rec. 4. 8, l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 9 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de sol. 46. 3, l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1 (l. 6 §. 1 D. de re iud. 42. 1, l. 20 §. 5 D. de H. P. 5. 3 enthalten eine Besonderheit für Noxalansprüche). Römer Leist. an Zahlungsstatt S. 69 fg.; a. M. Wächter a. a. O. Note 64 a. E., Mommsen a. a. O. S. 262. 263. Vgl. über die ganze Lehre Wächter Erörterungen III S. 115—119.

Ladung; 3) der Zeitpunkt, wo es durch die dem klägerischen Anspruch widersprechende Antwort des Beklagten sicher geworden ist, daß eine weitere Verhandlung nöthig ist, der Zeitpunkt des Streitbeginnes. Das römische Recht hat ursprünglich allein auf den letzteren Zeitpunkt Gewicht gelegt[1]; es ist davon jedoch in seiner späteren Entwicklung in wichtigen Beziehungen abgewichen. Unbestritten ist dieß in Betreff des Verbots der Veräußerung des Proceßgegenstandes; nach ausdrücklicher Vorschrift des späteren römischen Rechts greift dieses Verbot bereits mit der Ladung Platz[2]. Unzweifelhaft ist es in Betreff der Unterbrechung der Anspruchsverjährung; sie tritt ebenfalls mit der Ladung ein[3], und das Gleiche muß für jede andere Verjährung behauptet werden[4].

---

[1] Nach dem Ausdruck des römischen Rechts ist dann lis contestata, §. 126.
liegt litis contestatio vor, welchen Ausdruck die frühere deutsche Jurisprudenz durch den Ausdruck „Kriegsbefestigung" wiedergab. Im classischen römischen Recht trat die litis contestatio äußerlich sehr prägnant in dem Uebergang der Sache von dem Magistratus an den Judex (ex iure in iudicium) hervor. Im Justinianischen Proceß ist das natürlich weggefallen; jetzt heißt es einfach, litis contestatio sei vorhanden „post narrationem propositam et contradictionem obiectam" (l. 14 §. 1 C. de iud. 3. 1, vgl. l. un. C. de lit. cont. 3. 9). Auch im canonischen Recht und den Reichsgesetzen ist der *Begriff* der Litiscontestation kein anderer; auf Grund einer nicht gerechtfertigten Auslegung des §. 37 des J. R. A. aber hat sich in der Doctrin die Ansicht geltend gemacht, daß unter Litiscontestation die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen zu verstehen sei, gleichgültig ob in derselben eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs liege oder damit verbunden sei, oder nicht. Bei dieser Lage der Sache thut man besser, für das heutige Recht nicht, wie es hergebracht ist, von den Wirkungen der Litiscontestation, sondern von den Wirkungen des Streitbeginnes zu reden. Vgl. *Savigny* §. 257. 259, *Wächter* Erörter. III S. 74 fg., *Bayer* Vorträge §. 180—182, *Wetzell* Civilproc. S. 104—108 (2. Aufl.).

[2] Nov. 112 c. 1. Die Stelle spricht nur von dem Proceßgegenstand, nicht von dem klägerischen Anspruch; es ist ungerechtfertigt, ihre Bestimmung auf den letzteren zu übertragen. *Wächter* Erört. III S. 114. 115.

[3] S. §. 108 Note 4.

[4] Insofern man nach neuestem Recht überhaupt annimmt, daß eine jede Verjährung durch die Erhebung des Processes unterbrochen werde, kann es nicht fraglich sein, daß als Zeitpunkt der Unterbrechung der Zeitpunkt der Ladung bezeichnet werden muß. Denn das Hauptargument für die Unterbrechung einer jeden Verjährung ist, daß nach l. 2 C. de ann. exc. 7. 40 im Falle der Unladbarkeit des Gegners durch die dort näher bezeichnete Pro-

Aber auch was die gesteigerte Verhaftung des Beklagten (§. 124 Nr. 1. 2) angeht, sprechen überwiegende Gründe dafür, daß dieselbe im Sinne des neuesten Rechts bereits mit der Ladung, und nicht erst mit dem Streitbeginn eintrete[5]. Hingegen sind die übrigen Wirkungen des Proceßbeginnes sowohl nach römischem Recht immer an den Beginn des Streites geknüpft geblieben[6], als auch nach heutigem Rechte bei diesem Anfangspunkt

---

testation nicht bloß die Anspruchsverjährung, sondern jede Verjährung soll unterbrochen werden können. Die Frage ist lediglich die, ob in dieser Vorschrift der Ausdruck des Gedankens gefunden werden dürfe, daß auch im Fall der Erreichbarkeit des Gegners für die Unterbrechung der Verjährung überhaupt das Gleiche gelte, wie für die Unterbrechung der Anspruchsverjährung.

[5] Außer Zweifel ist wieder Eines, nämlich daß der Verzug des unredlichen Beklagten bei persönlichen Ansprüchen bereits mit der Ladung beginnt; denn in ihr liegt, wenn die Mahnung nicht bereits erfolgt ist, eine solche gewiß. Das ist auch nicht erst eine spätere Entwicklung des römischen Rechts, sondern hat von Anfang an gegolten. Schon zweifelhafter ist aber, ob dieß auch für die dinglichen Ansprüche behauptet werden darf; wenn die obligatorische Lehre vom Verzuge auf diese Ansprüche schlechthin übertragen wird, muß man dann nicht sagen, daß bei ihnen ein Verzug mit seinen Folgen auch schon durch eine außergerichtliche Mahnung begründet werde? Was die Verantwortlichkeit des redlichen Beklagten angeht, so kommt es vorzugsweise auf zwei Stellen im Titel der Pandekten de hereditatis petitione an, l. 20 §. 11 und l. 25 §. 7, vgl. l. 20 §. 6 eod. In denselben heißt es, daß das unredliche Bewußtsein (nach der oben §. 124 Note 5 gegebenen Berichtigung: das Bewußtsein möglichen Unrechts) bereits mit der Ladung beginne. S. namentlich l. 25 §. 7 cit.: — „post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin imo post controversiam motam, . . coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur". Die Frage ist, ob diese Stellen ein singuläres Recht für die Erbschaftsklage enthalten (daß sie auch für diese nur rechtshistorische Bedeutung hätten, wie Savigny VI S. 93. 94 behauptet, ist gewiß nicht richtig), oder ob sie einen allgemein gültigen Satz in Anwendung auf die Erbschaftsklage aussprechen. Für das Letztere scheint namentlich l. 25 §. 7 cit. ein überwiegendes Gewicht in die Wagschale zu legen. Dazu stimmt auch, daß nach §. 2 I. de off. iud. 4. 17 die Verantwortlichkeit des Beklagten „post inchoatam petitionem" beginnen soll. Beginnt aber nun hiernach im Sinne des Justinianischen Rechts die Verantwortlichkeit des redlichen Beklagten bereits mit der Ladung, so kann das keinem Zweifel unterliegen, daß auch für den Verzug des unredlichen das Gleiche gelten muß. Vgl. namentlich Wächter Erörter. III S. 108—110. 131—134, Savigny VI S. 92—95, Buchka II §. 15.

[6] Eine vereinzelte Ausnahme in l. ult. C. de cod. 6. 36. Das Gegen-

zu belassen; ein Grund, welcher es rechtfertigte, sie auf die Ladung, oder gar auf die Einreichung der Klage zu übertragen, liegt nicht vor[7].

B. Das Urtheil*.

Einleitung.

§. 127.

Bedeutender noch als der Beginn des Processes wirkt die in dem Urtheil liegende Beendigung des Processes auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Parteien ein. Das Urtheil nämlich, wenn es nicht mehr angefochten werden kann — und in jedem Processe kommt (wenn überhaupt zu einem Urtheil) es einmal

---

theil wird von Manchen auch für das Vererblichwerden der Strafansprüche behauptet, auf Grund der l. 33 D. de O. et A. 44. 7. Diese Stelle darf aber auf Privatansprüche überhaupt nicht bezogen werden. Vgl. l. 20 i. f. D. de accus. 48. 2, und über die verschiedenen Ansichten Wächter Erörter. III S. 112. 113, Savigny VI S. 19—21, Buchka II S. 63 fg., Vangerow I §. 145 Anm. Nr. III.

[7] Die Bestimmung der K. G. O. II 9 §. 6, daß bei Landfriedensbruchsachen nach ihrer Anhängigmachung bei dem Kammergerichte die Verpflichtung zum Ersatz und zur Privatstrafe auf die Erben übergehen solle, darf nicht ausgedehnt werden. Wächter Erört. III S. 113. 114, Buchka II S. 153—155, Savigny VI S. 249. 250; a. M. Sintenis I §. 33 Note 7. — Neuere Schriftsteller wollen principiell für das heutige Recht die Wirkungen der Litiscontestation, oder doch die dem Kläger günstigen Wirkungen der Litiscontestation, auf die Ladung, theilweise sogar auf die Einreichung der Klage, übertragen, so Kierulff S. 280—284, Sintenis Erläuterungen aus verschiedenen Theilen des Civilprocesses I Nr. 4 u. Civilrecht I §. 33, Savigny VI §. 278. 279. Vgl. dagegen Windscheid die Actio ꝛc. S. 70—72 und gegen Sintenis (welcher, die Form mit der Sache verwechselnd, behauptet, die römische litis contestatio, weil ein zweiseitiger Act, finde sich im heutigen Processe gar nicht wieder) namentlich Wächter III S. 71 fg. Doch ist die Praxis dieser Ausdehnung entschieden geneigt; so auch Wetzell Civilproceß S. 119. Jedenfalls ist nach allgemeinen Grundsätzen der Satz aufzustellen, daß der Beklagte durch unredliche Verzögerung der Litiscontestation die dem Kläger günstigen Wirkungen derselben nicht ausschließen kann. Wächter a. a. O. S. 86. 87 behauptet das Gleiche schon von jeder sich später als ungegründet ausweisenden Verzögerung.

* Vgl. außer den vor §. 124 citirten Schriftstellern: Arnold praktische Erörterungen Nr. 11 (1845). Bekker die processualische Consumption im

zu einem nicht mehr anfechtbaren, nach dem technischen Ausdruck: zu einem rechtskräftigen Urtheil[1] — bildet fortan die unverrückbare Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagtem. Mag das Urtheil den Anspruch des Klägers anerkannt und demgemäß den Beklagten verurtheilt haben, oder mag es den Anspruch des Klägers zurückgewiesen und demgemäß den Beklagten freigesprochen haben[2], in dem einen und dem anderen Falle kann seine Entscheidung von keiner der Parteien mehr in Frage gestellt

---

classischen römischen Rechte (1853). Windscheid die Actio ꝛc. §. 10—14 (1856). Endemann das Princip der Rechtskraft (1861, vgl. krit. VJSchr. III S. 112—117). Krüger processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses (1864). Kierulff S. 249 fg. 303 fg., Vangerow I §. 173, Sintenis I §. 34, Brinz §. 45. 46, Unger II §. 131—133; Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß II §. 110. 111, Wetzell Civilproceß §. 46. 47.

§. 127. [1] „Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest", l. 23 §. 1. i. f. D. de cond. ind. 12. 6. Jetzt ist nach dem Sprachgebrauch des heutigen und des canonischen Rechts (c. 13. 15 X. de sent. 2. 27) „res iudicata" vorhanden, während das römische Recht (s. z. B. l. 7 pr. D. de transact. 2. 15) res iudicata bei jedem Urtheil annimmt. Savigny VI S. 298. 299. Die Rechtskraft des Urtheils tritt ein, wenn die gegen dasselbe zulässigen Rechtsmittel erschöpft sind, oder wenn das Recht auf diese Rechtsmittel durch Versäumung der Nothfrist oder Verzicht verloren ist. Der Sprachgebrauch, wornach Rechtskraft des Urtheils schon angenommen wird, sobald gegen das Urtheil nur kein ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist (Bayer Vorträge S. 428. 429, Wetzell Civilproc. §. 51 Note 43) kann hier dahingestellt bleiben. In diesem letzteren Sinne ist Rechtskraft gleich Vollziehbarkeit.

[2] Ueber die Freisprechung des Beklagten kann das Urtheil, welches dem Kläger Unrecht gibt, nicht hinausgehen; es kann nicht auch den Kläger verurtheilen. Darüber im Allgemeinen Savigny VI §. 289. 290. Der Kläger kann nur dann verurtheilt werden, wenn der Beklagte auch seinerseits einen Anspruch gegen denselben erhoben hat, z. B. auf Ersatz der durch den Proceß veranlaßten Kosten, oder einen selbständigen Anspruch, z. B. der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, oder auf Rückgabe eines Darlehns; aber dann entscheidet das Urtheil eben über zwei Ansprüche, und nicht bloß über Einen des Klägers. Von diesem in der Natur der Sache begründeten Satze gibt es nur Eine Ausnahme; bei den Theilungsklagen kann der Richter zum Zwecke der Theilung auch ohne einen von Seiten des Beklagten gestellten Antrag den Kläger verurtheilen, gemäß des Grundsatzes, daß er in der Art und Weise der Theilung vollkommen freie Hand hat. Aber es ist auch in der Theilung der Richter Verwalter nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. II §. 449

werden[3], keine der Parteien darf mehr den Beweis unternehmen wollen, daß die Entscheidung des Urtheils eigentlich nicht die rechte sei[4]. Von dieser Wirkung des Urtheils — man nennt sie die Rechtskraft des Urtheils im materiellen Sinn — ist näher zu handeln (§. 129—132). Vorher aber ist (§. 128) eine andere Frage zu beantworten, die Frage nämlich, in welchem Falle das Urtheil zu verurtheilen, in welchem es freizusprechen habe. Die Regel, daß es zu verurtheilen habe, wenn es den klägerischen Anspruch begründet finde, freizusprechen, wenn es ihn unbegründet finde,

---

Note 16). Deßwegen gilt nicht das Gleiche für die übrigen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen des Klägers, z. B. zum Ersatz gezogener Früchte oder angerichteten Schadens. Wenn es in den Quellen von den Theilungsklagen überhaupt heißt, also auch insofern sie die vorhin bezeichneten Leistungen umfassen, daß bei ihnen der Beklagte zugleich Kläger sei, und ebenso von den interdicta retinendae possessionis (l. 10 D. fin. reg. 10. 1, l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7), so hat das nur den Sinn, daß bei diesen Klagen die Formel so concipirt war, daß es auf einen von dem Beklagten gestellten Antrag auch zur Verurtheilung des Klägers kommen konnte. Deßwegen hat der Begriff der actio duplex oder mixta, wie jene Klagen in den Quellen genannt werden, abgesehen von dem einen oben bezeichneten Punkt, für das heutige Recht keine Bedeutung mehr. Man bestreitet das, indem man sich darauf beruft, daß bei den actiones duplices, anders als bei anderen vom Beklagten geltend gemachten Ansprüchen, „Einheit des Streitverhältnisses" stattfinde. Aber was heißt das? Ist in dieser Beziehung ein Unterschied, ob der auf Theilung Belangte Ersatz für die vom Kläger aus der gemeinschaftlichen Sache gezogenen Früchte verlangt, oder der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte Zahlung des Kaufpreises? Oder man macht geltend, daß in beiden Fällen „in Ansehung der processualischen Verhandlung" Verschiedenes gelte. Diese Verschiedenheit ist jedoch unerfindlich. Vgl. Windscheid die Actio rc. S. 27 Note 3. Abwehr S. 40. 41; Savigny VI S. 328—330, Wetzell Civilproc. §. 5 Nr. 2. §. 46 Nr. 1, Arndts §. 99 Anm., Unger §. 131 Note 26.

[3] Man pflegt zu sagen: das Urtheil begründe eine Fiction der Wahrheit oder: es begründe formelles Recht. Die Stellen der Quellen, in welchen diese Wirkung des Urtheils im Allgemeinen anerkannt wird, sind: l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 1 §. 16 l. 3 pr. D. de agnosc. 25. 3, l. 65 §. 2 D ad SC. Treb. 36. 1, l. 12 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. de exc. rei iud. 44. 2.

[4] Es ist ohne Zweifel ein Uebel, wenn in dieser Weise in einem einzelnen Falle das Unrecht zum Recht gemacht wird; aber ein viel größeres Uebel ist es, wenn es nie ein Ende des Streites gibt. Vgl. namentlich Savigny VI §. 280.

reicht deßwegen nicht aus, weil es, wie bereits bemerkt wurde, für den Richter unmöglich ist, in demselbem Moment das Urtheil zu sprechen, in welchem der Proceß bei ihm angebracht wird. Es kann also vorkommen, daß der beim Beginne des Processes begründete Anspruch zur Zeit, wo das Urtheil gesprochen wird, nicht mehr begründet ist, und umgekehrt, daß der Anspruch zur Zeit des Urtheils begründet ist, während er beim Beginne des Processes nicht begründet war: wie ist hier zu entscheiden?

Voraussetzung der Verurtheilung*.

§. 128.

1. Hört der zur Zeit des Beginnes des Processes begründete Anspruch hinterher auf, begründet zu sein[1], so ist davon auszugehen, daß der Beklagte freigesprochen werden muß; das Princip ist, daß der Beklagte nur dann verurtheilt werden kann, wenn der Anspruch gegen ihn zu der Zeit begründet ist, wo er verurtheilt werden soll[2]. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß der Anspruch durch den Beginn des Processes gegen gewisse Aufhebungsgründe unempfindlich wird[3], und ferner, daß das römische Recht aller-

* A. C. J. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX. 7 (1847).

§. 128. [1] Eine besondere Abhandlung über diesen Fall ist: R. Römer das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil (1852). Dazu die Recensionen von Bekker und von Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 253 fg.

[2] Gewöhnlich wird als Princip der entgegengesetzte Satz aufgestellt, hauptsächlich auf Grund von Gai. IV. 114, welche Stelle (wahrscheinlich) sagt, daß die Proculianer bei stricti iudicii actiones im Falle der Befriedigung des Klägers die Condemnation dennoch hätten eintreten lassen wollen. Jedoch ist jedenfalls dieser Satz später verschwunden (§. 2 I. de perp. et temp. act. 4. 12), und auch für das frühere römische Recht ist es sehr zweifelhaft, ob aus der Befriedigung des Klägers ein Schluß auf andere Aufhebungsgründe erlaubt ist. Vgl. die guten Bemerkungen von Dernburg a. a. O. S. 261. 262; Rudorff. röm. RGesch. II S. 270. Gegen die herrschende Meinung sprechen l. 16 pr. l. 27 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 64 D. de usufr. 7. 1, l. 7 §. 7 D. ad exh. 10. 4, l. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1, l. 12 §. 3 l. 14 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1. Vgl. Wächter Erörter. III S. 124 fg. Seuff. Arch. XIX. 31.

[3] Er wird unempfindlich gegen die eintretende Unmöglichkeit der Erfül-

dings in Einer Beziehung ausnahmsweise lediglich auf die Begründung des Anspruchs zur Zeit des Beginns des Processes sieht, so daß eine später eintretende Aenderung nicht schadet: wenn nämlich ein Anspruch nur auf dasjenige geht, worum der Beklagte aus einer gewissen Thatsache reicher ist, so soll für die Frage, ob eine Bereicherung vorhanden sei oder nicht, die Zeit des Beginnes des Processes, nicht die Zeit wo das Urtheil gesprochen wird, maßgebend sein[4].

2. Wenn der zur Zeit des Proceßbeginnes nicht begründete Anspruch vor dem Urtheil begründet zu sein anfängt, so ist zu unterscheiden, ob es die wesentliche Grundlage des Anspruchs ist, welche erst hinterher eintritt, oder ein sonstiger zu seiner Begründung erforderlicher Umstand. In dem letzteren Falle ist der Beklagte zu verurtheilen[5]; in dem ersteren ist die Regel die, daß der Beklagte frei-

---

lung, wenn dabei den Beklagten eine Schuld trifft, unempfindlich gegen den Tod des Berechtigten und Verpflichteten, und (nach älterem römischem Recht, s. §. 124 Nr. 4) unempfindlich gegen eine Verjährung, durch welche das ihm zu Grunde liegende Recht aufgehoben wird. (Will man dieses Letztere so ausdrücken: nach älterem römischen Recht falle der Anspruch an und für sich weg, die Condemnation aber erfolge dennoch, weil der Anspruch zur Zeit des Proceßbeginnes begründet gewesen sei, so gibt man damit einmal, wenigstens was die obligatorischen Ansprüche angeht, den Sinn der Quellen nicht wieder [perpetuatur actio, obligatio, s. §. 124 Note 12]; jedenfalls aber darf man darin keinen Beweis für das in der vorigen Note geleugnete Princip sehen, da es sich hier um Wiederaufhebung eines Gewinnes handelt, welcher dem Beklagten lediglich durch die Dauer des Processes zugegangen ist [s. ob. S. 332]).

[4] L. 37 pr. §. 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 20 D. quod met. causa 4. 2, l. 34 pr. D. de min. 4. 4, l. 7 pr. §. 3 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 47 D. de sol. 46. 3, s. jedoch auch l. 36 §. 4 D. de H. P. 5. 3. S. auch noch l. 4 §. 1 l. 6 §. 4 D. de aqua et aquae (II §. 473 Note 16. 19). — Dagegen darf nicht als fernere Ausnahme angeführt werden, daß der mit einem Noxalanspruch Belangte auch dann condemnirt werde, wenn er nach dem Proceßbeginn das Eigenthum der seine Verhaftung begründenden Sache verliere; denn das ist nur für den Fall bezeugt, wo er das Eigenthum durch seine That, also seine Schuld, verliert. Die Stellen, auf welche es hier ankommt, sind l. 1 §. 12. 13. 16 D. si quadr. 9. 1, l. 37 l. 38 pr. D. de nox. act. 9. 4, s. namentlich l. 1 §. 13 l. 38 pr. citt.

[5] Das Princip, von welchem das römische Recht ausgeht, ist: das in der intentio Bezeichnete muß zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein, das in der intentio nicht Bezeichnete nur zur Zeit des Urtheils. In diesem Sinne

zusprechen, und der Kläger auf einen neuen Proceß zu verweisen ist. Es soll aber nach einer Vorschrift des canonischen Rechts diese Regel dann eine Ausnahme erleiden, wenn in der Klage ein Erwerbgrund für das geltend gemachte Recht nicht angegeben worden ist; in diesem Falle soll es genügen, daß das Recht nur vor dem Urtheil erworben worden sei[6].

Als Beginn des Processes sieht das römische Recht auch hier erst den Streitbeginn an, und auch hier ist kein Grund vorhanden, diese Vorschrift im heutigen Rechte nicht zur Anwendung zu bringen.

---

heißt es in l. 23 D. de iud. 5. 1: „Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est", vgl. l. 35 eod. und l. 30 pr. D. de pec. 15. 1 (s. unten). Anwendungen des Princips sind folgende. Bei der Eigenthumsklage muß das Eigenthum zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein (vgl. l. 11 §. 4. 5 D. de exc. rei iud. 44. 2, Savigny VI S. 67), bei der Exhibitionsklage das Interesse des Klägers (l. 7 §. 7 D. ad exh. 10. 4); dagegen schadet es bei beiden Klagen nicht, daß der Besitz des Beklagten erst hinterher eingetreten sei (l. 27 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 4 l. 8 D. ad exh. 10. 4), ebenso wenig bei der Erbschaftsklage (l. 18 §. 1 D. de H. P. 5. 3) und bei der Klage aus dem Pfandvertrage (l. 1 §. 21 D. dep. 16. 3). Ferner genügt es für die Klage aus dem Pfandvertrage, daß die Zahlung der Schuld nur vor dem Urtheil eingetreten sei (l. 9 §. 5 D. de pign. act. 13. 7); bei der Klage aus dem Auftrag ist es nicht nöthig, daß die Handlung des Beauftragten, welche dem Anspruch seine concrete Richtung gibt, z. B. wirkliche Einziehung der Schuld, die eingezogen werden sollte, schon beim Beginn des Processes vorgenommen gewesen sei (l. 17 D. mand. 17. 1, vgl. Savigny VI S. 68); die actio de peculio setzt nur voraus, daß zur Zeit des Urtheils etwas in peculio sei (l. 30 pr. D. de pec. 15. 1, l. 7 §. 15 D. quib. ex caus. 42. 4 — auch ohne daß etwas beim Proceßbeginn in peculio ist, „tenet actio de peculio" und „intenditur recte"). Das im Texte Gesagte scheint der für das heutige Recht richtige Ausdruck des in seiner Form unanwendbaren römischen Principes zu sein; gewöhnlich wird zwischen rechtlichen und factischen Voraussetzungen der Klage unterschieden, so von Keller S. 190 fg., Savigny S. 73 fg., Wächter Erörter. III S. 126 fg., Vangerow I §. 160 Anm. Nr. III. 3. Wetzell Civilproc. §. 14 Note 63. 64 lehrt, daß zur Zeit der Litiscontestation nicht vorhanden zu sein brauchen diejenigen Thatsachen, welche „die passive Voraussetzung der Verurtheilung in der Person des Verklagten bilden". Vgl. auch Dernburg Pfandr. I S. 158, Unger II §. 131 Note 1. [Briegleb vermischte Abhandlungen I Nr. 5. Bekker krit. VJSchr. X S. 410 fg.]

[6] C. 3 de sent. et re iud. in VI° 2. 14. Ob heutzutage eine Klage ohne Angabe des Erwerbgrundes zulässig ist, ist eine processualische, übrigens wohl

Rechtskraft des Urtheils.

§. 129.

1. Das verurtheilende Urtheil gibt dem Kläger einen neuen und selbständigen Grund, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen. Der Kläger braucht auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß nicht mehr zurückzugehen, und ebenso wenig braucht er sich aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß noch Einwendungen gefallen zu lassen; er hält dem Gegner einfach das Urtheil entgegen und verlangt von ihm, daß er dem Urtheil gehorche; thut der Gegner das nicht, so tritt unmittelbar Zwang gegen ihn ein[1]. Insofern kann man auch sagen, daß für den Kläger durch das Urtheil ein neuer Anspruch begründet werde, und in der That findet sich diese Auffassung in den Quellen nicht bloß ausgesprochen[2], sondern in einzelnen Anwendungen auch praktisch durchgeführt[3]. Aber diese Auffassung wird nie durchgeführt zum Nachtheil des Klägers; wo der Kläger durch dieselbe Schaden erleiden würde,

---

zu verneinende Frage. Die Interpretation von Wächter (Erörter. III S. 122 Note 72), nach welcher die genannte Stelle auch bei Angabe des Erwerbgrundes das spätere Eintreten des genannten Erwerbgrundes (nur nicht eines andern) gestatten soll, ist nicht zu billigen.

[1] Natürlich nicht ohne ein neues Gesuch des Klägers. Dasselbe ist aber keine eigentliche Klage, weil es von dem Richter keine Entscheidung verlangt; man hat es im Gegensatz zur Klage eine imploratio iudicis genannt. Vgl. Buchka II S. 214 fg., Savigny VI §. 295. e, Wetzell Civilproc. §. 47 hinter Note 115. [Seuff. Arch. XX. 190.] §. 129.

[2] Es wird gesagt, aus dem Urtheil entstehe die actio iudicati, und in l. 4 §. 7 D. de re iud. 42. 1 ist geradezu von einer „obligatio quae ex causa iudicati descendit", in l. 8 §. 3 D. de nov. 46. 2 von einer „obligatio iudicati" die Rede (in l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1 heißt es: „iudicati velut obligatio"). Vgl. l. 9 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 16 §. 6 D. de pign. 20. 1, l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1.

[3] Der Urtheilsanspruch ist vererblich, wenn auch der Klaganspruch es nicht war, und ebensowenig unterliegt er der Verjährung des Klaganspruchs, l. 6 §. 3 D. de re iud. 42. 1. Er erfaßt das Peculium, auch wenn der Anspruch es nicht that, l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1. In l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 wird das Aufhören des Zinsenlaufs nach gefälltem Urtheil darauf zurückgeführt, daß jetzt eine neue Verbindlichkeit vorliege (vgl. Note 5). S. auch l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1.

wird die andere Seite der Sache, welche ebenso wahr und wahrer ist, herausgekehrt, nämlich die, daß der durch das Urtheil begründete Anspruch materiell doch kein anderer ist, als der in der Klage geltend gemachte, daß das Urtheil einen Anspruch nicht sowohl schafft als anerkennt[4]. Das Verhältniß ist also kein anderes, als das in Folge des Proceßbeginnes eintretende; auch durch das Urtheil wird nicht der bestehende Anspruch aufgehoben und ein anderer an dessen Stelle gesetzt: es erhält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung[5]. — Wird der Urtheilsanspruch nicht binnen 4 Monaten erfüllt, so soll nach der Vorschrift des römischen Rechts der Schuldner 12% Zinsen zahlen, dafür aber auch während der bezeichneten Zeit aller weitere Zinsenlauf aufhören[5a].

2. Das freisprechende Urtheil beseitigt den klägerischen Anspruch, wenn er wirklich begründet war, so daß er fortan nicht mehr vorgebracht werden kann; geschieht es dennoch, so wird ihm aus dem Urtheil eine Einrede, die Einrede der abgeurtheilten Sache, entgegengesetzt[6]. Daß die Beseitigung des klägerischen Anspruchs eine natürliche Verbindlichkeit übrig lasse, ist eine nicht zu rechtfertigende Behauptung[7].

---

[4] Deßwegen dauert nach dem Urtheil die Verhaftung des Bürgen fort (l. 8 §. 3 D. de fidei. 46. 1, l. 28 C. eod 8. 41), und der Verpflichtete, welcher in Verzug war, hört durch das Urtheil nicht auf, es zu sein (l. 3 pr. D. de usur. 22. 1). Die Fortdauer des Pfandrechts (l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 8 C. eod. 8. 14) gehört nicht hierher; sie erklärt sich schon daraus, daß „suas conditiones habet hypothecaria actio“ (vgl. oben §. 112 Note 5).

[5] Auch für das Urtheil ist die Frage, ob es eine Novation enthalte, vielfach aufgeworfen und oft bejaht worden. Man hat sich dafür auf Gai. III. 180 und l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 berufen. Aber diese Stellen haben gegenüber den in der vorigen Note angeführten Thatsachen keine Beweiskraft. Ueber die letzte Stelle im Besondern s. Wächter Erörter. III S. 48 und Windscheid die Actio rc. S. 116. Im Allgemeinen vgl. Wächter a. a. O. S. 47 fg., Buchka II S. 209 fg., Savigny V §. 258. f und S. 307, Bekker processual. Consumption S. 293 fg., Windscheid die Actio rc. §. 12, Wetzell Civilproc. S. §. 47 z. A., Unger II §. 133.

[5a] L. 1. 2. 3 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 13 C. de usur. 4. 32. Es wird jedoch die heutige Geltung dieser römischen Vorschrift bestritten. Savigny VI S. 412, Mommsen Beiträge III S. 247. Vgl. II §. 260 Note 4.

[6] Die exceptio rei iudicatae.

[7] Die Frage ist sehr bestritten. Für die Fortdauer der natürlichen Ver-

§. 130*.

Die Einrede der abgeurtheilten Sache setzt aber nicht nothwendig voraus, daß der zurückgewiesene Kläger ganz das Gleiche vorbringe, was er in dem früheren Processe vorgebracht hat; ja sie setzt nicht nothwendig voraus, daß es ein zurückgewiesener Kläger sei, welcher zum zweiten Mal auftritt; sie kann auch einem verurtheilten Beklagten entgegenstehen. Sie ist begründet, so oft eine von zwei Proceßparteien Etwas vorbringt, in Betreff dessen

bindlichkeit haben sich unter den Neueren erklärt namentlich Kierulff S. 43 Note * (für das heutige Recht behauptet dieser Schriftsteller jedoch das Gegentheil), Buchka I S. 315 fg. (mit derselben Unterscheidung, s. II S. 200. 201), Fein Arch. f. civ. Prax. XXVI. 7. 13, Savigny Obligationenrecht I S. 81 fg., Schwanert Naturalobligationen S. 439 fg. (diese beiden Letzteren aber mit bedeutenden Modificationen), [Dernburg Pfandrecht II S. 585. 586]; dagegen v. d. Pfordten Arch. f. civ. Pr. XXIV. 4, Flach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 12, Wächter Erörter. III S. 135 fg., Vangerow §. 173 Anm. 1, Scheurl krit. VJSchr. VI S. 525 fg. Entscheidend gegen die Fortdauer ist, daß darin ja eben die Bedeutung der Rechtskraft des Urtheils besteht, daß durch dasselbe das Rechtsverhältniß der Parteien definitiv festgestellt werden soll; ferner die Befreiung der Pfänder durch das freisprechende Urtheil (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, gegen welche Stelle l. 27 D. de pign. 20. 1 selbst dann nichts vermögen würde, wenn es auch nöthig wäre, sie von einem Urtheil zu verstehen [Proceßverjährung!]) — die Fortdauer des Pfandrechts beweist nicht für die natürliche Verbindlichkeit, wohl aber seine Nichtfortdauer gegen dieselbe. Von der anderen Seite beruft man sich auf l. 28 und l. 60 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Aber die erste Stelle schließt das Rückforderungsrecht des Gezahlten offenbar deßwegen aus, weil sie annimmt, der Zahlende habe gewußt, daß er nicht zu zahlen brauche (durch das „iudex . . male absolvit" soll erklärt werden, wie der Zahlende dazu komme, dennoch zu zahlen). Mehr Schwierigkeit macht l. 60 cit. Man erwäge aber Folgendes. Die Stelle entscheidet, daß der wahre Schuldner, welcher zahle, ohne den Ausgang des Processes abzuwarten, nicht mit Berufung darauf zurückfordern könne, daß er möglicherweise, wenn er den Proceß fortgesetzt hätte, hätte freigesprochen werden können. Diese unzweifelhaft richtige Entscheidung motivirt sie nun nicht damit, daß er eben als wahrer Schuldner gezahlt habe, sondern mit der Berufung darauf, daß er auch im Falle der Freisprechung nicht hätte zurückfordern können, weil er immerhin debitor naturalis geblieben wäre. Diese unrichtige Motivirung einer richtigen Entscheidung reicht nach meiner Ueberzeugung nicht hin, um die oben angeführten Gründe zu überwinden. Vgl. auch Wetzell Civilproc. §. 47 hinter Note 7.

* Dig. 44. 2. de exceptione rei iudicatae.

in einem früheren zwischen denselben Parteien ergangenen rechtskräftigen Urtheil gegen sie entschieden worden ist[1]. Hierüber ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken.

1. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der in dem früheren Proceß vorgebrachte Anspruch gegenwärtig unter Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes, unter Berufung auf einen andern Rechtssatz, wieder vorgebracht wird. Indem entschieden ist, daß ein Anspruch nicht begründet sei, ist entschieden, daß er überhaupt, nicht bloß, daß er nach diesem oder jenem rechtlichen Gesichtspunkt nicht begründet sei[2].

2. Beruft man sich für das in dem früheren Proceß in Anspruch Genommene gegenwärtig auf einen andern Thatbestand (Erwerbgrund)[2a], so ist zu unterscheiden[3], ob es ein dingliches

§. 130. [1] „Quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur", l. 3 l. 7 §. 1. 4 l. 19 l. 22 l. 30 §. 1 D. h. t. In anderen Stellen wird verlangt, daß es sich in dem zweiten Proceß um „eadem res" handele, l. 5 l. 7 pr. l. 14 pr. l. 27 D. h. t. Man wird hier unter eadem res nichts Bestimmteres verstehen dürfen, als was das Wort sagt: dieselbe Sache. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß II §. 111 Note 45 bezieht die „eadem res" auf die negative, die „eadem quaestio" auf die positive Function der exc. rei iudicatae (s. diesen §. a. E.).

[2] Wenn Jemand den Anspruch erhebt, daß ein von ihm Beauftragter ihm eine bestimmte Summe Geldes, welche er für ihn eingezogen habe, herausgebe, und sich dafür auf die Grundsätze vom Auftragsvertrag beruft (actio mandati), aber abgewiesen wird, so kann er nicht dieselbe Summe Geldes ein zweites Mal mit Berufung auf die rechtlichen Grundsätze von der freiwilligen Geschäftsführung (negotiorum gestio) oder mit Berufung darauf einklagen, daß der Gegner aus seinem Vermögen ohne rechtfertigenden Grund bereichert sei (condictio sine causa), l. 5 D. h. t. (eine Stelle, welche, wenn sie ursprünglich ohne Zweifel von der cautio iudicio sisti gehandelt hat, doch jedenfalls von den Compilatoren auf die exceptio rei iudicatae bezogen worden ist). Wer mit der Klage auf Rücknahme der gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit derselben (actio redhibitoria) abgewiesen worden ist, kann nicht ein zweites Mal auftreten und sich darauf berufen, er könne verlangen, daß der Kaufpreis um so viel gekürzt werde, als die Sache wegen des Fehlers weniger werth sei, (actio quanti minoris), nun aber sei sie ihm gar nichts werth, also müsse ihm doch das Gezahlte gegen Rückgabe der Sache wiedergegeben werden; und ebenso gilt das Umgekehrte. L. 25 §. 1 D. h. t.

[2a] Vgl. hierzu im Besonderen noch Voigt condictiones ob causam §. 29, Ihering Geist des röm. R. III S. 39 fg.

oder ein obligatorisches Recht ist, welches geltend gemacht wird. Ist es ein obligatorisches Recht, so ist durch Aenderung des Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache ausgeschlossen; das frühere Urtheil hat nicht entschieden, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts, sondern, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts auf Grund dieses Thatbestandes nicht begründet sei[4]. Ist es dagegen ein dingliches Recht, so ist troß des geänderten Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache dennoch begründet; das frühere Urtheil hat entschieden, daß ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache, nicht bloß, daß auf Grund dieses Thatbestandes ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache nicht begründet sei[5]. Jedoch ist dieß nur unter der Voraussetzung wahr, daß nicht durch die Klage die Verhandlung auf einen bestimmten Erwerbgrund beschränkt worden ist[6]; und ferner liegt es auf der Hand, daß die

---

[3] Zu allgemein ist es, wenn für die exceptio rei iudicatae überhaupt in l. 27 D. h. t. Identität der „causa proxima actionis", in l. 14 pr. eod. Identität der „causa petendi" verlangt wird, wie letztere Stelle im Verlaufe (§. 2) selbst anerkennt.

[4] L. 14. §. 2 D. h. t. „Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur". Es kann nicht ein Urtheil, welches eine Kaufforderung auf 100 abspricht, einer Darlehnsforderung auf 100 entgegengesetzt werden. Vgl. l. 22 i. f. D. h. t., l. 18 D. de O. et A. 44. 7, l. 93 §. 1 D. de leg. III° 32. Seuff. Arch. V. 237.

[5] L. 14. §. 2 cit. „At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest". L. 11 §. 5 eod.: — „qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit". L. 11 §. 1 l. 30 pr. D. h. t., l. 159 D. de R. I. 50. 17, l. 3 §. 4 D. de A. v. A. P. 41. 2.

[6] Ueber diesen Punkt herrscht viel Streit. Was das römische Recht angeht, so kommt es auf die Auslegung von l. 11 §. 2 und l. 14 §. 2 D. h. t. an. In früherer Zeit galt es für unzweifelhaft, daß in diesen Stellen der Satz enthalten sei, daß durch Nennung eines bestimmten Erwerbgrundes in der Klage die Kraft des Urtheils auf diesen Erwerbgrund beschränkt werde. Hiergegen trat Puchta (Rhein. Museum II S. 251 fg. III S. 467 fg. [1828. 1829], kl. Schriften Nr. IX) auf, indem er die entscheidenden Worte „causa adiecta" und „non expressa causa" erklärte: wenn später ein an-

Einrede der abgeurtheilten Sache auch dann nicht begründet ist, wenn der jetzt vorgebrachte Erwerbgrund später ist, als das früher gefällte Urtheil; dasselbe hat natürlich das dingliche Recht nicht für alle Zeiten negirt, sondern nur für die Zeit, wo das Urtheil gefällt worden ist[7].

3. Die Entscheidung über das Ganze ist auch die Entscheidung über den Theil; wem das Ganze abgesprochen ist, dem ist auch der Theil abgesprochen. Das gilt nicht bloß von dem Gegen-

---

derer Erwerbgrund eingetreten ist, und: da der Erwerbgrund, wie es nothwendig ist, nicht genannt ist. Puchta sind andere Schriftsteller gefolgt, so Vangerow I §. 173 Anm. 1 Nr. V a. E., Buchka I S. 145, Sintenis I §. 34 Note 46 und Erläuterungen I S. 220 fg.; gegen ihn s. namentlich Savigny VI Beil. XVII, [Briegleb vermischte Abhandlungen I Nr. 3, Bekker krit. VJSchr. X S. 407 fg.]. Auch ich halte die Puchta'sche Erklärung nicht für richtig, glaube aber andererseits aus den angeführten Stellen für das heutige Recht den gewöhnlich daraus hergeleiteten Satz nicht unbedingt herleiten zu dürfen. Damit die Kraft des Urtheils nicht über den geltend gemachten Erwerbgrund hinausgehe, war nach römischem Rechte ein Zusatz in der intentio oder eine praescriptio nöthig, also Beschränkung der Verhandlung auf diesen einen Punkt. Eine solche Beschränkung muß also auch nach heutigem Rechte verlangt werden, wenn das Urtheil nur beschränkt wirken soll; dieselbe liegt aber in der bloßen Nennung des Erwerbgrundes in der Klage nur dann, wenn man von dem Satze ausgeht, daß auch für dingliche Rechte die Anführung eines Erwerbgrundes in der Klage nothwendig sei, aus welchem Satze sich dann unmittelbar der fernere ergibt, daß ein anderer Erwerbgrund als der in der Klage genannte später nicht mehr geltend gemacht werden kann. Diejenigen, welche jenen Satz nicht annehmen, also die Nennung des Erwerbgrundes in der Klage für unwesentlich, und damit die Geltendmachung eines jeden anderen als des wirklich genannten für zuläßig erklären, dürfen dem Urtheil eine beschränkte Wirkung nur dann zuschreiben, wenn der Kläger ausdrücklich erklärt hat, nur diesen einen Erwerbgrund zum Gegenstand der Verhandlung machen zu wollen [anders Seuff. Arch. XX. 206]. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die ganze im Texte gemachte Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten für uns nur unter der Voraussetzung Bedeutung hat, daß die Anführung eines Erwerbgrundes für das dingliche Recht in der Klage nach heutigem Proceßrecht nicht erforderlich ist. Vgl. noch Buchka II S. 192 fg., Wächter II S. 445, Schmid Handb. des gem. deutsch. bürg. Rechts I S. 318—322, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 18—22, Wetzell Civilproc. §. 47 Note 60—63.

[7] L. 11 §. 4. 5 l. 25 pr. D. h. t., l. 10 D. de exc. 44. 1, l. 25 §. 1 l. 42 D. de lib. causa 40. 12.

stande des Rechts[8], sondern auch von dem Rechte selbst[9]. Nur muß, damit die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet sei, der Theil auch wirklich als Theil, und nicht als ein Selbständiges in Anspruch genommen werden[10]. — Umgekehrt ist aber auch die Entscheidung über den Theil die Entscheidung über das Ganze; wem wirklich der Theil als Theil abgesprochen worden ist, dem ist auch das Ganze abgesprochen, da der Theil als Theil nichts für sich Existirendes, sondern nur eine Erscheinungsform des Ganzen ist[11]. Daher ist ferner auch die Entscheidung über den einen Theil die Entscheidung über den anderen[12]. — Wenn

[8] Zu allgemein ist es daher wieder, wenn in l. 12. 13 D. h. t. für die exc. rei iudicatae überhaupt „idem corpus“, „eadem quantitas“ verlangt wird. Vgl. auch l. 14 pr. eod.

[9] L. 7 pr. D. h. t. „Si quis, cum totum petiisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in iure“. So ist z. B. nicht bloß die Entscheidung über das Recht auf das Gebäude die Entscheidung über das Recht auf die Baumaterialien, sondern auch die Entscheidung über das Erbrecht (die Gesammtheit der vom Erblasser hinterlassenen Vermögensrechte) die Entscheidung über die einzelnen Erbschaftsrechte. Vgl. l. 3 l. 7 pr. §. 4. 5 l. 21 §. 1. 3 D. h. t., l. 22 §. 8 D. ratam rem 46. 8 (l. 27 §. 8 D. de pactis 2. 14).

[10] Daraus erklärt sich l. 7 §. 2 D. h. t.: — „is, qui insulam petiit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt“.

[11] Th. Mommsen röm. Geschichte I S. 66 Anm. **. „Der „„Theil““ ist, wie der Jurist weiß, nichts als ein ehemaliges oder auch ein künftiges Ganze, also in der Gegenwart ohne alle Realität“. Daher liegt in der Entscheidung über ein einzelnes Erbschaftsrecht gerade so eine Entscheidung über das Erbrecht, wie in der Entscheidung über das Erbrecht eine Entscheidung über die einzelnen Erbschaftsrechte liegt, l. 3. 7 §. 4. 5 D. h. t. Vgl. Windscheid die Actio rc. rc. S. 91—94, Krüger S. 167 fg. S. auch l. 11 §. 6 D. h. t. (Die Zurückweisung des Anspruchs auf iter ist keine Zurückweisung des Anspruchs auf actus; denn das Recht auf iter ist nicht ein Theil des Rechts auf actus, sondern ein anderes Recht.)

[12] Die Zurückweisung des Anspruchs auf die eine Erbschaftssache begründet die exc. rei iudicatae gegen den Anspruch auf die andere. — Als Theil gegenüber dem Ganzen ist auch das Recht auf eine einzelne fällige Leistung gegenüber dem Recht auf eine periodische Prästation überhaupt anzusehen, z. B. das Recht auf den einzelnen Zinsposten gegenüber dem Recht auf

es sich nicht von dem Verhältniß eines Ganzen zu seinem Theil, sondern nur von einem Mehr oder Minder handelt, so ist zu sagen, daß zwar die Aberkennung des Minder auch die Aberkennung des Mehr enthält[13], dagegen die Aberkennung des Mehr die Aberkennung des Minder nur dann, wenn der Sinn des Urtheils ist, daß das Mehr nicht gebühre, nicht der, daß nicht das Mehr gebühre[14].

4. Indem dem Kläger ein seiner Natur nach ausschließliches Recht zuerkannt wird, wird damit zu gleicher Zeit erkannt, daß dieses Recht dem Beklagten nicht zustehe. Bringt derselbe daher später dieses Recht klagend vor, so steht ihm aus dem ihn verurtheilenden Erkenntniß die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen[15].

Zinsen überhaupt. Daher enthält die Zurückweisung des Anspruchs auf einen einzelnen Zinsposten die Zurückweisung des Anspruchs auf Zinsen überhaupt, und somit auf alle ferneren Zinsposten (l. 23 i. f. D. h. t. und l. 1 C. de iud. 3. 1 handeln von der exc. rei iudicatae in ihrer s. g. negativen Function, s. Note 22). A. M. Wetzell Civilproc. §. 47 Note 43, Unger II S. 657.

[13] L. 26 pr. D. h. t. (Die Aberkennung einer Dienstbarkeit auf Erhöhung der Oberfläche bis zu 10 Fuß enthält die Aberkennung der Dienstbarkeit auf Erhöhung bis zu 20 Fuß.) Vgl. Seuff. Arch. V. 236.

[14] Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren die eingeklagten 10 nicht, so ist damit gesprochen, es gebühre ihm nichts. Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren nicht 10, so ist die Frage, ob ihm nicht 9 oder 8 oder irgend eine andere Quantität unter 10 gebühre, offen gelassen, oder es ist ihm geradezu eine bestimmte Quantität unter 10 zugesprochen. Von dem ersten Fall handeln l. 7 pr. D. h. t. (*vv.* idem erit probandum), l. 21 §. 2 l. 30 pr. eod. Wo es sich von einem wirklichen Ganzen handelt, ist der zweite Fall gar nicht möglich; denn das Ganze ist eine Einheit, ein seinen Theilen gegenüber Selbständiges, ein anderes Ding als seine Theile, und daher der Spruch: nicht das Ganze gebührt, nothwendigerweise = das Ganze gebührt nicht.

[15] L. 40 §. 2 D. de proc. 3. 3, l. 30 §. 1 D. h. t., l. 15 eod. L. 40 §. 2 cit.: — „cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse“. L. 15 cit.: — „Si meam esse (hereditatem pronuntiatum est), nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua“.

5. In den bisher betrachteten Fällen enthält das früher gefällte Urtheil die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch unmittelbar. Dasselbe kann aber auch für die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch mittelbar bestimmend sein.

a. Wenn der in dem früheren Urtheil zurückgewiesene Anspruch eine nothwendige Voraussetzung des jetzt vorgebrachten bildet, so ist durch das Urtheil mittelbar auch der jetzt vorgebrachte zurückgewiesen, und steht demselben daher die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen[16]. Ebenso kann das frühere Urtheil entgegengesetzt werden, wenn der in demselben zurückgewiesene Anspruch in einer späteren Sache als Einrede wiederholt wird[17].

---

[16] Das Urtheil, welches Eigenthum abspricht, steht entgegen dem Theilungsanspruch (l. 8 D. h. t., l. 1 §. 1 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 D. de exc. 44. 1, ebenso beim Erbrechte, l. 8 l. 11 §. 3 D. h. t., l. 25 §. 8 D. fam. erc. 10. 2), dem Anspruch auf die Früchte (l. 18 D. de exc. 44. 1) und den Zuwachs (l. 26 §. 1 D. h. t., l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1), dem Anspruch auf eine dem betreffenden Grundstück zustehende Dienstbarkeit (l. 16 D. de exc. 44. 1), dem von dem Eigenthum abgeleiteten Pfandanspruch (l. 11 §. 10 D. h. t., l. 3 §. 1 D. de pign. 20. 1). In gleicher Weise ist für den Pfandanspruch das Urtheil über die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, bestimmend (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6), das Urtheil über die Vaterschaft bestimmend für den Alimentenanspruch (l. 7 D. de agnosc. 25. 3). Vgl. auch l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 8 §. 1 D. de in ius voc. 2. 4. — Mit dem, was zuvor gesagt worden ist, daß die Entscheidung über das Eigenthum auch für das Recht auf die Früchte maßgebend sei, steht in scheinbarem Widerspruch l. 7 §. 3 D. h. t. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche (das non vor noceat zu streichen? das erste Urtheil für den Kläger lautend? die Früchte kraft anderen Rechts gefordert? die Einrede nur nach der Regel vom Ganzen und Theil geleugnet?) s. Savigny VI S. 508, Buchka I S. 141, Vangerow I §. 173 Anm. 1 Nr. V. 3. b, Bekker S. 237. 238. 247, Unger II §. 132 Note 94, Wetzell Civilproc. §. 47 Note 41, Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 97. 98, Krüger S. 164 fg. — Zu der citirten l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1 ist noch zu vergleichen l. 14 §. 1 D. h. t. und Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 98. 99, Wetzell §. 47 Note 43. 92 Krüger S. 170. 171.

[17] Wenn z. B. ein früher zurückgewiesener Forderungsanspruch als Compensationseinrede, ein früher zurückgewiesener Eigenthumsanspruch als Einrede gegen die Publicianische Klage benützt wird. Von dem letzteren Fall handelt l. 24 D. h. t., von dem ersteren eine Entscheidung in Seuff. Arch. VII. 299.

b. Wie ist es aber in dem umgekehrten Fall, wenn der jetzt vorgebrachte Anspruch in einer früheren Sache als Voraussetzung eines andern Anspruchs oder als Einrede gegen denselben verhandelt und in dieser Eigenschaft verworfen worden ist: kann auch diese Vorentscheidung des früheren Urtheils dem jetzt vorgebrachten Anspruch entgegengesetzt werden[18]? Dieselbe Frage wiederholt sich für die Entscheidungen über die Thatsachen, auf Grund derer das frühere Urtheil zu seinen Entscheidungen über die Rechte, und so zuletzt zu seiner Hauptentscheidung gelangt ist: kann auch einer in diesem Processe vorgebrachten thatsächlichen Behauptung, welche in dem früheren Processe zurückgewiesen worden ist, die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegengesetzt werden? Die Beantwortung dieser Frage, welche man in nicht passender Weise als Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe bezeichnet hat[19], ist sehr bestritten[20] und nicht

---

300. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird hier zur Replik der abgeurtheilten Sache.

[18] Ist also z. B. die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet, wenn nach Verwerfung eines Servitutenanspruchs wegen mangelnden Eigenthums des herrschenden Grundstücks dieses Eigenthum, wenn nach Verwerfung einer Compensationseinrede die Forderung, auf welche dieselbe gestützt worden ist, geltend gemacht wird?

[19] Die Bezeichnung ist aus einem doppelten Grunde nicht passend: 1) weil es sich jedenfalls nur um richterliche Entscheidungen handelt, und die Erwägungen, durch welche der Richter zu denselben gelangt, die man doch auch nicht anders als Entscheidungsgründe nennen kann, ganz gewiß nicht rechtskräftig werden; 2) weil diese Bezeichnung die ganz falsche Vorstellung hineinzuziehen geeignet ist, als handele es sich hier um den Gegensatz zwischen dem was als „Urtheil" und dem was als „Entscheidungsgründe" äußerlich bezeichnet wird. Savigny gebraucht die Ausdrücke: subjective Gründe, objective Gründe oder Elemente des Urtheils.

[20] Für ihre Bejahung hat sich in neuerer Zeit namentlich Savigny VI §. 291—298. 293 ausgesprochen; ferner bekennen sich zu dieser Ansicht Wächter II S. 557 fg., Vangerow I §. 173 Anm. 1 Nr. III. V, Bayer Vorträge S. 434 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 9, Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 89 fg. 100 fg., Endemann S. 83 fg., und was das heutige Recht angeht: Kierulff S. 260 und Buchka II S. 184 fg., während diese letzteren Schriftsteller für das römische Recht entgegengesetzter Ansicht sind (S. 248 fg., I S. 300—312); ebenso Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 649 fg. Auch für das heutige Recht vertheidi-

unzweifelhaft; überwiegende Gründe sprechen aber für ihre Bejahung[21]. —

gen die entgegengesetzte Ansicht: Bekker proc. Consumption §. 15. 18. 19, Brinz I S. 153 fg., Wetzell Civilproc. §. 47 von Note 94 an, Krüger S. 179 fg. 213 fg., Busch Arch. f. civ. Pr. XLV. 12, Unger II S. 621 fg. (dessen Darstellung besonders hervorzuheben ist). Vgl. auch Linde Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 13, Bolgiano Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI S. 30 fg. Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 250, VIII. 99; I. 367, V. 236; VIII 171, IX. 86, X. 294; X. 295; [XX. 189]. (Im Ganzen übereinstimmend mit dem hier Gelehrten.) [Blätter f. RAnwend. Ergänz. Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 242.]

[21] Fest steht, daß die Zurückweisung der in der Compensationseinrede vorgebrachten Forderung gegen jede fernere Geltendmachung der Forderung die exc. rei iudicatae begründet, l. 7 §. 1 D. de compens. 16. 2, l. 8 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5; Seuff. Arch. I. 367, V. 236. Warum soll nun für andere einredeweise vorgebrachte Rechte das Gegentheil gelten, z. B. in dem Falle, wo dem Publicianischen Anspruch das Eigenthum entgegengesetzt worden ist? Daß l. 18 D. de evict. 21. 2 nicht entgegensteht, darüber s. Savigny VI S. 428—429, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 111 Note 78. Macht aber die Entscheidung über die einredeweise vorgebrachten Rechte Rechtskraft, so liegt auf der Hand, ein wie bedeutendes Argument schon hierin für die Annahme liegt, daß das Gleiche auch für die Entscheidung über solche Rechte gelte, welche in dem früheren Processe als Voraussetzung des eigentlich zur Entscheidung stehenden Anspruchs vorgebracht worden sind. Dafür spricht ferner, wenn man auch von der Analogie des Eides (l. 13 §. 2 D. de iurei. 12. 2) absehen will, in entscheidender Weise l. 1 D. h. t. (Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 103). [S. ferner l. 6 §. 4 D. nautae 4. 9 und dazu Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 129 fg.] Die Stellen auf der anderen Seite, welche man dawider vorgebracht hat, sind nicht durchgreifend. Die beweisendste, l. 1 C. de ord. iud. 3. 8, kann doch immer davon verstanden werden, daß sie nur sagen wolle, der Richter brauche sich der Hauptentscheidung nicht deßwegen zu enthalten, weil er für eine Vorfrage nicht competent sei, da ja diese nicht den unmittelbaren Gegenstand seines Spruches bilde, — wobei als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird, daß seine Entscheidung über die Vorfrage, eben weil er für diese nicht competent sei, auch nicht rechtskräftig werde. Vgl. auch l. 3 C. de iud. 3. 1. L. 15 §. 4 D. de re iud. 42. 1 und l. 5 §. 8. 9 D. de agnosc. 25. 3 (vgl. §. 18 eod., l. 10 D. de his qui sui 1. 6) sprechen von einer Entscheidung auf Grund eines summatim cognoscere, also einer die Sache nicht erledigenden Untersuchung; nimmt man die Briegleb'sche Erklärung des summatim cognoscere an, daß es nicht die Zulassung ungenügender Beweise, sondern die Ausschließung illiquider Einreden bedeute, so erklärt sich auch, warum es in l. 5 §. 8 cit. heißt: „si *constiterit* filium esse", ohne daß deßwegen die Entscheidung mehr Anspruch auf

Uebrigens ist die im Vorstehenden entwickelte Bedeutung der Einrede der abgeurtheilten Sache nicht diejenige, welche diese Einrede ursprünglich im römischen Recht gehabt hat. Ursprünglich war die Bedeutung derselben nicht, daß durch sie der Inhalt, sondern daß das Dasein eines früheren Urtheils geltend gemacht werden sollte, die Regel lautete nicht, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, wogegen entschieden sei, sondern, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, worüber entschieden sei[22]. In fortschreitender Entwicklung aber hat das römische Recht erkannt, daß diese Regel nicht im Stande sei, der Rechtskraft des Urtheils vollständige Geltung zu verschaffen[23], und es ist an ihre Stelle

---

Rechtskraft gewönne. Briegleb summar. Processe §. 54. 57. 75—90. Wenn l. 17 D. de exc. 44. 1 und l. 23 D. h. t. die exc. rei iudicatae für unzulässig erklären, so sagen sie mit keinem Worte, daß in dem früheren Processe das betreffende Recht aberkannt worden sei. — Am bedenklichsten bleibt die Annahme, daß nicht bloß die Vorentscheidungen über Rechte, sondern auch die Vorentscheidungen über Thatsachen rechtskräftig werden sollen, obgleich die Consequenz schwer abzulehnen ist. — Jedenfalls aber darf man die Rechtskraft nicht auf diejenigen Vorentscheidungen ausdehnen, welche der Richter gegen die Partei, für welche die Hauptentscheidung ergeht, nebenbei (überflüssiger Weise) getroffen hat. Z. B. es wird ein Servitutenanspruch bestritten: 1) weil nicht der Kläger, sondern der Beklagte Eigenthümer des herrschenden Grundstücks sei, 2) weil die Servitut dem Grundstück gar nicht erworben sei, und zu 1) wird für den Kläger entschieden, zu 2) für den Beklagten. Man kann dem Beklagten nicht zumuthen oder auch nur gestatten, gegen ein Urtheil ein Rechtsmittel einzulegen, welches ihm gegen den klägerischen Anspruch vollkommen Ruhe schafft. Gegen diese Ausdehnung der Rechtskraft der Entscheidungsgründe s. Seuff. Arch. II. 250 a. E., III. 209, VIII. 100.

[22] Sie war eine andere Form der exceptio rei in iudicium deductae. Die durch die litis contestatio begründete exceptio rei in iudicium deductae verwandelt sich mit dem Urtheil in die exceptio rei iudicatae.

[23] Die exceptio rei iudicatae in ihrer ursprünglichen Function (man hat sie in nicht glücklicher Weise [vgl. Windscheid die Actio 2c. 2c. S. 110] die negative, die spätere die positive genannt) beruht auf folgender nahe liegenden Betrachtung. Kein Kläger kann ein zweites Urtheil begehren; denn entweder ist für ihn entschieden worden, dann hat er in dem Urtheil auch seine Befriedigung, — oder es ist gegen ihn entschieden worden, dann verdient er keine Befriedigung. Man wurde jedoch bald auf Fälle aufmerksam, in denen der Satz sich als trügerisch erwies, daß der siegreiche Kläger durch das erstrittene Urtheil auch Befriedigung habe, in denen der siegreiche Kläger trotz des Ur-

diejenige gesetzt worden, welche im Vorhergehenden näher entwickelt worden ist; sie ist die für das heutige Recht allein maßgebende[24].

---

theils sich genöthigt sah, auf den früher geltend gemachten Anspruch zurückzukommen. In solchen Fällen half man sich damit, daß man dem Kläger gegen die exceptio rei iudicatae eine replicatio rei secundum se iudicatae gab; von derselben ist noch die Rede in l. 9 §. 1 D. h. t., l. 16 §. 5 D. de pign. 20. 1, vgl. auch l. 9 pr. D. h. t. Noch entscheidender aber trat das Ungenügende jener Auffassung hervor, als man sich zum Bewußtsein zu bringen begann, daß die auctoritas rei iudicatae verletzt werden könne, auch ohne daß der abgewiesene Kläger mit dem nämlichen Anspruch auftrete, wenn z. B. der in der Eigenthumsklage besiegte Beklagte seinerseits auf Eigenthum klage. In solchen Fällen lag über den jetzt vorgebrachten Anspruch eben kein Urtheil vor; sollte er deßwegen zugelassen werden? Nein, sagte man; denn durch das frühere Urtheil ist der jetzt vorgebrachte Anspruch mit aberkannt. So hatte man auch in diesen Fällen eine exc. rei iudicatae, nur eine exc. rei iudicatae ganz anderen Sinnes, eine Einrede nicht der gesprochenen, sondern der abgesprochenen Sache. — „Die Entdeckung der Einrede der Rechtskraft in ihren zwei verwandten, aber verschiedenen, Gestalten oder Functionen ist das glänzende Verdienst des Werks von Keller (§. 28. 29. 30)". So Savigny VI S. 280. In der neueren Zeit ist aber diese Keller'sche, durch ihn zur allgemeinen Herrschaft gelangte, Lehre bestritten worden von Bekker in seiner Schrift über die processualische Consumption (namentlich S. 13 fg. 132 fg.); ihm sind Dernburg Heid. krit. Zeitschr. II S. 347 fg., Brinz §. 45. 46, Rudorff röm. RGesch. II S. 262 Note 5 gefolgt. Diese Schriftsteller schreiben der exc. rei iudicatae nur die negative Function zu. Ihre Lehre scheitert aber an dem nachgewiesenen Umfang derselben. S. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. §. 10 namentlich S. 104 fg., Krüger S. 136 fg., Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 636 fg.

[24] Savigny §. 282, Wächter Erörter. III S. 41 fg., Vangerow I §. 173 Anm. 1 Nr. III. Von anderen Schriftstellern wird behauptet, daß das Urtheil auch im Justinianischen bez. heutigen Recht noch consumirend wirke, entweder auch das freisprechende Urtheil (Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 111. III §. 156, Wetzell Civilproc. §. 47) oder nur das verurtheilende (Buchka II S. 211, Unger II S. 682—685 und §. 132 Note 4a). Die erste Meinung hat nur theoretische Bedeutung, da jene Schriftsteller aus der consumirenden Kraft des freisprechenden Urtheils keine Folgerungen ableiten, welche sich nicht auch aus der positiven Function der exc. rei iudicatae ergeben. Die zweite Meinung dagegen hat auch praktische Bedeutung, für den Fall nämlich, wo nicht Alles gefordert und zugesprochen worden ist, was kraft des geltendgemachten Anspruchs gefordert werden konnte, z. B. bloß das Kapital, nicht auch die aufgelaufenen Verzugszinsen. Es ist nun allerdings richtig, daß eine Reihe von Quellenstellen in diesem Falle die Nach-

§. 131.

In demselben Umfange, in welchem die wiederholte Vorbringung eines in einem früheren Urtheil zurückgewiesenen Punktes ausgeschlossen ist, in demselben Umfange ist auch ausgeschlossen die Bestreitung eines in einem früheren Urtheil anerkannten[1]. Aus der Geltendmachung dieser Seite der Rechtskraft ergibt sich zwar keine Einrede, da die Einrede ihrem Begriffe nach nur gegen eine Behauptung möglich ist; es ist jedoch das Wesen des hier stattfindenden Verhältnisses kein anderes, als in dem zuvor betrachteten Fall.

---

forderung für unzulässig erklären, mit oder ohne Berufung auf die exc. rei iudicatae (l. 4 C. dep. 4. 34, l. 4 §. 3 D. de nox. act. 9. 4, l. 1 C. si adv. rem. iud. 2. 27, l. 4 C. de iud. 3. 1). Allein wenn man anerkennt, daß einerseits die specifische Aufgabe auch der exc. rei iudicatae in ihrer negativen Function doch keine andere war, als die, der Rechtskraft des Urtheils zu dienen, und andererseits die Regel: de eadem re ne bis sit actio keine Geltung mehr hat, so wird man jenen Satz als Consequenz eines überwundenen Standpunktes aufgeben müssen. Für uns kann es sich nur darum handeln, ob nicht in einem gegebenen Falle in der Beschränkung der ersten Klage ein Verzicht auf jede Nachforderung gefunden werden müsse. Glaubt man aber über die in den erwähnten Stellen getroffene Entscheidung sich nicht hinwegsetzen zu können, so wird man zu sagen haben, daß in der Zuerkennung eine stillschweigende Aberkennung des Mehr liege, wie das thun Savigny VI S. 303 fg. und Sintenis II S. 97; s. auch Wächter II §. 51 Note 15. 16. Vgl. unten II §. 259 Note 10. — Gegen die hier vertheidigte Ansicht Seuff. Arch. VI. 165, VII. 14, XII. 92; für dieselbe Reyscher Zeitschr. f. deutsch. R. XVII. 1 (1857). — Die Bestimmung der l. 3 C. de fruct. et lit. exp. 7. 51 ist offenbar rein positiver Natur, und daher auch heute noch anwendbar.

§. 131. [1] Dieser Satz, welcher sich unmittelbar aus dem Wesen der Rechtskraft ergibt, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil er in den Quellen bei weitem weniger hervorgehoben wird, als sein Gegenstück. Vgl. l. 11 §. 3 l. 12 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de in ius voc. 2. 4, l. 15 §. 2 D. de inoff. 5. 2, l. 1 §. 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3, l. 50 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 12 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. si ingen. 40. 14, l. 18 D. de exc. 44. 1. Windscheid die Actio ꝛc. S. 109—112, Unger II S. 672 fg. Die Gründe, aus denen Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 4. 10 diese Wirkung des Urtheils bestritten hat, sind ungenügend; vgl. Windscheid a. a. O. S. 109 Note 50, dagegen aber wieder, für das classische Recht, Dernburg Pfandrecht I S. 558. Daß diese Wirkung des Urtheils nicht zur vollständigen Anerkennung gelangt sei, behauptet Krüger S. 174 fg. Uebereinstimmend mit dem hier Vorgetragenen Seuff. Arch. I. 282, VI. 67, VIII. 304, IX. 336; dagegen, in einem allerdings besonderen Falle, IV. 226.

Wie dort die Behauptung, so wird hier die Bestreitung durch die Berufung auf das rechtskräftige Urtheil gelähmt; in Folge davon gilt sie als nicht gemacht, und der Richter legt daher das bestrittene Recht oder Factnm seinem Urtheil zu Grunde, als wäre eine Bestreitung nicht erfolgt[2]. Im Einzelnen ist zu erwähnen, daß in der Zuerkennung des Ganzen eine Zuerkennung des Theils, und in der Zuerkennung des Theils eine Zuerkennung des Ganzen ebenso liegt, wie dieß oben von der Abweisung bemerkt worden ist[3]; daß ebenso ein zuerkanntes Recht auch dann nicht weiter bestritten werden kann, wenn auf Grund desselben etwas Anderes in Anspruch genommen wird[4], oder wenn es einem Anspruch des Gegners als Einrede entgegengesetzt wird[5], daß endlich auch das in der Vorentscheidung des früheren Urtheils Anerkannte in gleicher Weise der Bestreitung in einem ferneren zwischen den Parteien stattfindenden Proceß entzogen ist[6].

---

[2] Das Urtheil steht also dem Geständniß gleich; es begründet wie dieses eine Ausnahme von dem Satz, daß das Bestrittene für den Richter nicht vorhanden sei, bis der Behauptende es bewiesen habe. Man kann auch sagen, das Urtheil begründe eine praesumtio iuris et de iure (§. 133 Note 10).

[3] Handelt es sich aber nicht von einem Ganzen und seinen Theilen, sondern von einem bloßen Mehr und Minder, so enthält zwar die Zuerkennung des Mehr auch die Zuerkennung des Minder, aber natürlich nicht die Zuerkennung des Minder auch die Zuerkennung des Mehr. Der Theil ist dem Ganzen gegenüber nichts Selbständiges, wohl aber die geringere Quantität der größeren gegenüber.

[4] Z. B. auf Grund des zuerkannten Eigenthums die Früchte der Sache, l. 18 i. f. D. de exc. 44. 1.

[5] Z. B. eine zuerkannte Forderung als Compensationseinrede.

[6] Namentlich kann also auch dann das frühere Urtheil angerufen werden, wenn durch dasselbe auf Grund des Rechts, um welches es sich jetzt handelt, der Beklagte, welcher dieses Recht als Einrede entgegengesetzt hat, absolvirt worden ist, z. B. es ist der Beklagte auf Grund einer Compensationseinrede absolvirt worden, welche er auf die jetzt geltend gemachte Forderung gestützt hat. Unger II S. 636 fg. leugnet dieß, während er für den Fall, wo die Einrede verworfen und deßwegen der Beklagte condemnirt worden ist, die Berufung auf das frühere Urtheil gestattet, wie dieß freilich nach den in §. 130 Note 21 angeführten Stellen nothwendig ist; er meint, in diesem letzteren Falle liege die Aberkennung der Einrede unmittelbar in der Anerkennung des klägerischen Anspruchs, dagegen in jenem ersteren nicht in gleicher Weise auch die Anerkennung der Einrede unmittelbar in der Aberkennung des klägerischen An-

§. 132.

Die Rechtskraft des Urtheils wirkt nur zwischen den Parteien, zwischen welchen dasselbe ergangen ist; Dritten kann das Urtheil weder in seiner negativen Wirkung (§. 130), noch in seiner positiven (§. 131) entgegengesetzt werden[1]. Die Dritten müßten denn das Urtheil als für sich wirkend anerkannt haben, was nicht bloß hinterher, sondern auch im Voraus, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann[2]. Aber auch abgesehen

---

spruchs. Aber diese Unterscheidung beruht auf einem Irrthum. Auch im Falle der Verurtheilung enthält nicht das condemnatorische Urtheil eine Aberkennung des von dem Beklagten vorgebrachten Rechts, sondern es gelangt zur Condemnation auf Grund der Aberkennung dieses Rechts; es entscheidet: 1) der klägerische Anspruch sei an und für sich begründet, und 2) das ihm entgegengesetzte Recht nicht begründet. In gleicher Weise entscheidet es im Falle der Freisprechung: 1) der klägerische Anspruch sei an und für sich begründet, 2) es sei aber auch das ihm entgegengesetzte Recht begründet.

§. 132. [1] L. 2 C. quib. res iud. 7. 56. „Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui non iudicio interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare“. L. 7 §. 4 D. h. t. „Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur“. L. 1. 3. 22. 29 eod., l. 63 D. de re iud. 42. 1, l. 2 C. de exc. 8. 36.

[2] Eine im Voraus und stillschweigend gegebene Anerkennung liegt vor, „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae“ (l. 63 D. de re iud. 42. 1). Anders wenn „ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit“. Der Unterschied liegt darin, „quod, qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est“ (l. 63 cit.). Vgl. c. 25 X. de sentent. 2. 27. Keller Litiscontest. und Urtheil S. 368 fg., Savigny VI S. 476—479, Freudentheil Arch. civ. Pr. XLII. 5, Binding das. XLVII. 13 (welcher den Pfandfall der Stelle gut aus der alten fiducia erklärt, vgl. l. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 11 §. 10 D. h. t. und die Worte der Stelle „qui priorem dominum defendere causam patitur“). Seuff. Arch. VIII. 170. — Hierher gehört nach römischem Recht auch der Fall der Stellvertretung, da das Urtheil

von der Anerkennung muß derjenige, welcher sein Recht von einem Andern ableitet, sich das gegen diesen Anderen gesprochene Urtheil gefallen lassen[3]; wogegen er aber auch umgekehrt sich auf das für denselben gesprochene Urtheil berufen kann. Ferner gibt es einige mehr positive Ausnahmen von der aufgestellten Regel. 1) Wenn ein Recht ungetheilt mehreren Personen oder gegen mehrere Personen zusteht, so wirkt das von dem einen Mitberechtigten oder dem einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil auch zu Gunsten des anderen Mitberechtigten und des anderen Mitverpflichteten[4]. Dagegen wirkt das gegen den einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil gegen den anderen Mitverpflichteten nicht[5], und das gegen den einen Mitberechtigten erstrittene Urtheil wirkt gegen den anderen Mitberechtigten nur dann, wenn der unterliegende Mitberechtigte

---

nicht, wie es bei uns der Fall ist, auf den Kopf des Vertretenen, sondern auf den Kopf des Vertreters gestellt wurde. Vgl. l. 4 l. 11 §. 7 l. 25 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2 und Keller Litiscontest. und Urtheil §. 39—44.

[3] Das gilt nicht bloß für den Gesammt- sondern auch für den Sondernachfolger, und nicht bloß für den Erwerb durch Rechtsnachfolge, sondern für jeden anderen abgeleiteten Erwerb. L. 9 §. 2 l. 11 §. 3. 9. 10 l. 28 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 25 §. 8 D. fam. erc. 10. 2, l. 3 §. 1 D. de pign. 20. 1. Natürlich wird aber vorausgesetzt, daß das Urtheil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege; ein späteres Urtheil schadet dem Erwerbe ebenso wenig, wie eine spätere das Recht des Urhebers vernichtende Thatsache. L. 11 §. 10 l. 29 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 3 pr. D. de pign. 20. 1. Vgl. Seuff. Arch. VI. 67, VIII. 303. 304.

[4] L. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5. „Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, . . et victoria et aliis proderit“ Ebenso hilft nach l. 42 §. 3 D. de iurei. 12. 2 das von einem Correalschuldner erstrittene absolutorische Urtheil dem Mitschuldner. Daß in gleicher Weise das von einem Correalgläubiger erstrittene Urtheil dem andern Correalgläubiger hilft, darf arg. l. 4 §. 3 cit. nicht bezweifelt werden. Doch sind beide zuletzt genannten Sätze nicht allgemein anerkannt, vgl. II §. 295 Note 8 und Savigny Obl. I S. 191. [L. 6 §. 4 D. nautae 4. 9, Hartmann. Arch. f. civ. Pr. L S. 129 fg.]

[5] Das Gegentheil wird behauptet für den Fall, wo ein Servitutenanspruch gegen den einen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks siegreich durchgeführt wird. So z. B. Savigny VI S. 481, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 160 fg. Aber das hieße nichts Anderes, als dem Miteigenthümer das Recht geben, das gemeinschaftliche Grundstück einseitig mit einer Servitut zu belasten. Durch l. 4 §. 4 D. si serv. 8. 5 wird diese Behauptung nicht bewiesen.

zur alleinigen Verfügung über das Recht befugt war[6]. 2) Wenn das persönliche Verhältniß einer Partei im Streite mit derjenigen Person festgestellt worden ist, welche dabei zunächst betheiligt ist, so wirkt diese Feststellung auch gegen Dritte[7]. 3) Das zwischen dem gesetzlichen und dem Testamentserben über die Gültigkeit des Testaments ergangene Urtheil ist maßgebend auch für die Vermächtnißnehmer[8], und [überhaupt für Alle, für oder gegen welche sich aus der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments Ansprüche ergeben[9]]. 4) Ist auf Grund eines Notherbenrechts von Jemandem, welchem dieses Notherbenrecht nicht zusteht, ein das Testa-

[6] So wirkt die Abweisung des einen Correalgläubigers auch gegen den anderen Correalgläubiger, arg. l. 28 pr. D. de iurei. 12. 2; doch ist auch dieses bestritten, s. II §. 295 Note 8. Anders bei der untheilbaren Obligation, II §. 299 Note 10. Ebensowenig wirkt die Abweisung des einen Miteigenthümers, welcher für das gemeinschaftliche Grundstück eine Servitut in Anspruch genommen hat, gegen den andern Miteigenthümer. Das Gegentheil sagt nicht l. 19 D. si serv. 8. 5, auch nicht l. 31 §. 7 D. de neg. gest. 3. 5. Wächter II §. 73 Note 80. Auch hier aber wird das Gegentheil behauptet, s. die in der vorigen Note Genannten, Elvers Servitutenlehre S. 800.

[7] Wenn die Vaterschaft dem Vater gegenüber festgestellt ist, ist sie auch den Geschwistern gegenüber festgestellt, l. 1 §. 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3; ist dem Kinde gegenüber festgestellt, daß Jemand nicht Vater sei, so kann derselbe das Kind auch nicht von einem Dritten abfordern, l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30. Gleiche Kraft ist dem Urtheil beizulegen, wenn die Existenz einer Ehe zwischen den Ehegatten festgestellt oder negirt worden ist. Bei den Römern gehörte auch der Fall der Freiheit und Freigeborenheit hierher, l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 42 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 14 D. de iure patr. 37. 14, l. 5 C. de ord. cogn. 7. 19. In allen diesen Fällen wirkt jedoch das Urtheil gegen Dritte nicht so weit, daß denselben benommen wäre, zu behaupten, daß sie selbst die bei dem Rechtsverhältniß unmittelbar Betheiligten seien. So kann das Urtheil über die Vaterschaft nicht demjenigen entgegengesetzt werden, welcher selbst behauptet, der wahre Vater zu sein. Vgl. l. 42 D. de lib. causa 40. 12, l. 1. 5 D. si ingen. 40. 14. Keller Litiscont. und Urtheil §. 47, Wächter II S. 571, Buelow de praeiudicialibus formulis (Wratislaviae 1859) p. 49 sqq. Enger Savigny VI S. 472—473 Wetzell Civilproc. §. 47 Note 34 fg.

[8] L. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 14 D. de apell. 49. 1, l. 50 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 8 §. 16 l. 17 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2, l. 12 pr. §. 2 C. de P. H. 3. 31.

[9] L. 50 §. 1 i. f. D. de leg. I° 30 l. 15 §. 2 D. de inoff. 5. 2. Vgl. Wetzell Civilproc. §. 47 Note 33, [und III §. 584 Note 19].

ment umstoßendes Urtheil erwirkt worden, so kann sich darauf der wirkliche Notherbe berufen[10].

Anhang. Der Beweis.

§. 133.

Die Lehre vom Beweise ist keine Lehre des materiellen Rechts, sie gehört dem Proceßrechte an. Aber sie hat Seiten, welche zu dem materiellen Rechte in einer unmittelbaren Beziehung stehen. Diese sind hier darzustellen.

1. Wer muß beweisen[1]? Der Kläger muß diejenigen Thatsachen[2] beweisen[3], welche er zur Begründung des von ihm geltend

---

[10] L. 6 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2.

[1] Aus der Literatur über die Lehre von der Beweislast ist hier hervorzuheben: Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Nr. VI (1805, 3. Ausg. besorgt von Heffter 1845). Bethmann-Hollweg Versuche Nr. V (1827). Heffter in den Zusätzen zu der angeführten Schrift von Weber S. 202 fg. (1845). Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast (1858). Langenbeck die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten II S. 248—358 (1860). Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen (1861). Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 125—165 (1866). Unger II S. 555 fg. Wetzell Civilproc. §. 15. §. 133.

[2] Rechtssätze bilden keinen Gegenstand des processualischen Beweises; Aufgabe der Parteien ist Herbeischaffung der Thatsachen; die Rechtsregeln thut der Richter aus dem Seinigen dazu. Iura novit curia. Allerdings gibt es Fälle, in welchen die officielle Kenntniß eines Rechtssatzes dem Richter nicht zugemuthet werden kann (z. B. wenn der Rechtssatz einem der Zeit oder dem Ort nach entlegenen Recht, oder dem Gewohnheitsrecht angehört); in solchen Fällen muß freilich die Partei, welche Anwendung dieses Rechtssatzes verlangt, dem Richter Ueberzeugung von demselben verschaffen; aber das ist kein processualischer, nach den Regeln des Proceßrechts zu führender Beweis. Vgl. §. 14 Note 3. 4, §. 17 Note 2, Wetzell Civilproc. §. 20 Nr. 2, Bayer Vortr. S. 681—684.

[3] Vorausgesetzt, daß sie bestritten und bestreitbar sind. Was nicht bestritten (was vor Gericht zugestanden) ist, muß der Richter ohne Weiteres seinem Urtheil zu Grunde legen, ganz abgesehen davon, ob er von der Wahrheit desselben überzeugt ist oder nicht; es genügt, daß die Partei will, daß es als wahr angenommen werde. Unbestreitbar sind einmal die s. g. notorischen Thatsachen, sodann diejenigen, deren Bestreitung eine Rechtsregel verbietet, z. B. die durch ein rechtskräftiges Urtheil festgestellten (vgl. Note 11).

gemachten Anspruchs behaupten muß[4]. Zu behaupten braucht er aber: a) nur solche Thatsachen, welche den geltend gemachten Anspruch zu begründen im Stande sind, nicht solche, aus welchen seine gegenwärtige Existenz hervorginge. Thatsachen dieser letzteren Art gibt es gar nicht; beruft sich der Gegner darauf, daß der einmal entstandene Anspruch gegenwärtig nicht mehr existire, so ist es an ihm, Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche den Anspruch aufzuheben im Stande waren[5]. b) Dem Anspruch kann, obgleich er an und für sich begründet ist, eine Thatsache entgegenstehen, welche seine Wirksamkeit hemmt; es ist nicht an dem Kläger, die Abwesenheit solcher Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, sondern der Beklagte muß ihr Dasein behaupten und beweisen. c) Eine Thatsache kann einen Anspruch zu begründen an und für sich im Stande sein, ohne daß sie ihn unter allen Umständen erzeugte, ihrer rechtserzeugenden Kraft können sich Hindernisse entgegenstellen; für solche Hindernisse gilt dasselbe, was zuvor bemerkt wurde, es muß nicht der Kläger ihre Abwesenheit, sondern

---

Ueber das Geständniß s. Bethmann-Hollweg Versuche Nr. IV, Savigny VII §. 303—308; über die Notorietät Wetzell Civilproc. §. 20 Nr. 3, Bayer S. 719 fg.

[4] Das Princip der Beweislast ist ein sehr einfaches: beweisen muß, wer behauptet, nicht wer bestreitet. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ (l. 2 D. de prob. 22. 3); — „cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio est“ (l. 23 C. eod. 4. 19). Deßwegen liegt auch der Beweis zunächst dem Kläger ob, da dieser zunächst der Behauptende ist, nicht dem Beklagten. „Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit“ (l. 21 D. h. t., l. 8. 20 C. eod.). Aber in der Einrede behauptet auch der Beklagte; daher „in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere“ (l. 19 pr. l. 25 §. 2 D. h. t.). Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muß, um zum Siege zu gelangen. Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast. — Ein böses Mißverständniß des Satzes „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ ist es, wenn man unter negare nicht Bestreitung einer gegnerischen Behauptung, sondern Behauptung einer negativen Thatsache versteht. Was eine Partei behaupten muß, muß sie auch beweisen, ohne Unterschied, ob es eine positive oder negative Thatsache ist. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 324—331.

[5] L. 12 D. l. 1 C. h. t.

[6] Mit anderen Worten: Einreden im civilrechtlichen Sinne (römische exceptiones) muß der Beklagte beweisen. Vgl. Note 4.

der Beklagte ihr Dasein behaupten und beweisen[7]. — Für die Vertheidigung des Beklagten sind die gleichen Grundsätze maßgebend, wie für den Angriff des Klägers. Auch der Beklagte also braucht nur diejenigen Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche an und für sich fähig sind, die zur Vertheidigung angerufene rechtliche Wirkung zu einer an und für sich begründeten zu machen, mag diese Wirkung ein eigener Anspruch sein, wie z. B. bei der Compensationseinrede, oder Wiederaufhebung des klägerischen Anspruchs, oder Lähmung seiner Wirksamkeit, oder Ausschließung seiner Entstehung. Und wie die Vertheidigung des Beklagten, ist natürlich auch die Gegenvertheidigung des Klägers zu behandeln u. s. w. — Wie aber in Gemäßheit der hier aufgestellten Regeln im einzelnen Fall das zu behauptende und zu beweisende Material unter die Parteien zu vertheilen sei, und namentlich was dazu gehöre, damit man sagen könne, eine rechtliche Wirkung sei an und für sich begründet und nur gehemmt, damit von einer an und für sich wirkenden Thatsache geredet werden könne: das sind Fragen, die nur aus der besonderen Natur der zur Frage stehenden Rechtsverhältnisse beantwortet werden können, und dieß eben ist die civilrechtliche Seite der Lehre von der Beweislast, wegen deren es nothwendig war, hier ihre Principien darzulegen[8].

2. Was die Beweisgründe und Beweismittel angeht, so ist darüber hier Folgendes zu bemerken.

---

[7] Mit anderen Worten: auch die Einreden im processualischen Sinne muß der Beklagte beweisen. Beispiel: wer sich auf eine Willenserklärung beruft, braucht nicht die Geistesgesundheit ihres Urhebers nachzuweisen, der Gegner muß den Wahnsinn darthun (l. 5 C. de codic. 6. 36); ebensowenig braucht er die Nichtzurücknahme der Willenserklärung zu beweisen, der Beweis der Zurücknahme trifft den Gegner (l. 22 D. h. t., l. 22 D. de leg. II° 31, l. 11 §. 12 D. de leg. III° 32); derjenige, dem zwei Mal dieselbe Summe vermacht worden ist, braucht nicht zu beweisen, daß die zweite Verfügung in der Absicht, ihm ein ferneres Recht zu geben, gemacht worden sei, der Gegner muß das Gegentheil darthun (l. 12 D. h. t.); der Vermächtnißnehmer braucht nicht zu beweisen, daß die Vorschrift des falcidischen Gesetzes nicht Platz greife, der beschwerte Erbe muß darthun, daß sie Anwendung finde (l. 17 D. h. t.). [Seuff. Arch. XX. 116.]

[8] Eine Reihe von hierher gehörigen Fällen ist zusammengestellt bei Unger II §. 123 Note 22—25 und S. 468—471. §. 129 Note 28—33a und S. 572—577, ferner bei Maxen S. 109 fg.

a. Der Beweis kann unter Anderem[9] auch geführt werden durch Verweisung auf Schlüsse aus anderen feststehenden Thatsachen, in welchem Falle man von einem indirecten (künstlichen) oder Vermuthungsbeweise spricht. Solche Schlüsse sind entweder der eigenen Einsicht des Richters überlassen, oder sie sind vom Rechte einerseits autorisirt und andererseits dem Richter zur Pflicht gemacht[10]. In welchen Fällen dieß Letztere der Fall sei, ist wieder eine im Civilrecht bei der Darstellung der einzelnen Materien zu beantwortende Frage[11].

b. Durch den Eid des Behauptenden kann der Beweis regelmäßig nur geführt werden, wenn die Gegenpartei sich damit zufrieden erklärt hat, daß seinem Eide geglaubt werde[12], oder wenn der Richter ihm die Ergänzung eines unvollständigen Beweises durch Eid gestattet[13]. Ausnahmsweise aber hat der Behauptende

[9] Außerdem durch Verweisung auf eigene sinnliche Wahrnehmung oder auf glaubwürdige Aussagen anderer Personen (Beweis durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid).

[10] In diesem Falle spricht man von einer Rechtsvermuthung, s. g. praesumtio iuris im Gegensatze zur praesumtio facti s. hominis. Vgl. über die Rechtsvermuthungen: Unger §. 130 und die neueste etwas (breite, aber sonst gute) Darstellung von Burckhard die civilistischen Präsumtionen (1866). — Bei den Rechtsvermuthungen findet noch der Unterschied statt, daß das Recht entweder den Gegenbeweis zuläßt, daß der von ihm autorisirte Schluß in dem vorliegenden Fall nicht zutreffe, oder daß es diesen Gegenbeweis ausschließt. In dem letzteren Falle spricht man von einer praesumtio iuris et de iure (sc. contrarii probationem non admittens). Vgl. c. 30 X. de spons. 4. 1, übrigens auch Burckhard S. 369 fg.

[11] Beispiele von (widerlegbaren) Rechtsvermuthungen in: l. 12 D. de statu hom. 1. 5 in Verbindung mit l. 6 D. de his qui sui 1. 6 (§. 56 b Note 1. 2), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de apoch. publ. 10. 22 (II §. 344 Nr. 3). — Von Rechtsvermuthungen wird übrigens auch da gesprochen, wo ein Rechtssatz, ohne eine Schlußfolgerung zu autorisiren, vorschreibt, daß eine gewisse Thatsache ohne Beweis als feststehend angenommen werden solle. Beispiele in: l. 9 §. 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4 (§. 53 Note 5), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (II §. 509 Note 36).

[12] S. g. iusiurandum voluntarium, Haupt- oder Schiedseid. Vgl. Savigny VII §. 309—314.

[13] S. g. iusiurandum suppletorium, Erfüllungseid. Ist nicht das Uebergewicht des Bewiesenen auf Seite des Behauptenden, so erkennt der Richter in gleicher Weise auf Wegräumung des gelieferten Anfangs von Beweis durch

das Recht, auch ohne diese Voraussetzungen durch seinen Eid zu beweisen[14], und die Bedingungen dieses Rechts sind wieder civilrechtlicher Natur. Dasselbe greift nämlich Platz bei gewissen Ansprüchen zur Strafe des Verpflichteten, wenn der Anspruch durch seine Arglist unerfüllt bleibt[15]; der Berechtige kann hier durch seinen Eid sein Interesse bestimmen, vorbehaltlich jedoch des Ermäßigungsrechts des Richters, welcher aus erheblichen Gründen den Eid auch ganz verweigern darf[16]. Die Ansprüche, bei denen dieß gilt, sind: der Anspruch auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes, der Anspruch auf Herstellung des einem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes, der Anspruch auf Vorweisung einer Sache[17]. Im Nothfall, wenn ein anderer Beweis nicht möglich

---

den Eid des Leugnenden, s. g. iusiurandum purgatorium, Reinigungseid. Für beide Eide gebraucht man heutzutage den Ausdruck iusiurandum necessarium.

[14] Iusiurandum in litem, Schätzungs- oder Würderungseid. Dig. 12. 3, Cod. 5. 53 de in litem iurando. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 11. VIII S. 159. 160, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 259—265. Glück XII S. 398—482, Vangerow I §. 171, Sintenis II S. 80—90, Wetzell Civilproc. §. 28 Nr. 1.

[15] Entweder weil er nicht erfüllen will, oder weil er nicht erfüllen kann. Der erste Fall der Anwendung des Schätzungseides war im classischen römischen Rechte ungleich wichtiger, als er bei uns ist, da der Beklagte, welcher den klägerischen Anspruch nicht freiwillig erfüllte, nie anders als auf Geld condemnirt werden konnte. Die technische Bezeichnung für die Weigerung der Erfüllung durch den Beklagten ist contumacia. L. 1 l. 2 §. 1 l. 4 §. 4 l. 5 §. 3 D. h. t., l. 18 pr. §. 1 D. de dolo 4. 3, l. 68 D. de R. V. 6. 1, l. 25 §. 1 D. sol. matr. 24. 3. Der Arglist wird auch hier die grobe Fahrlässigkeit gleichgestellt, l. 2 C. h. t.

[16] L. 3 l. 4 §. 1—3 l. 5 §. 1. 2 D. h. t., l. 18 pr. D. de dolo 4. 3. Seuff. Arch. X. 311, XIV. 181. 182.

[17] Die Römer sagen, das iusiurandum in litem finde Statt bei den actiones auf restituere und exhibere (l. 2 §. 1 l. 5 pr. D. h. t., l. 68 D. de R. V. 6. 1). Exhibere rem heißt, eine Sache vorweisen (l. 2 l. 9 §. 5 D. ad exh. 10. 4, l. ult. pr. D. de V. S. 50. 16). Restituere umfaßt das Zwiefache, im Texte bezeichnete; ein restituere wird sowohl z. B. mit dem Eigenthumsanspruch verlangt, obgleich vielleicht der Eigenthümer bisher nie im Besitz war, als z. B. mit dem Anspruche aus Zwang oder gewaltsamer Entsetzung (l. 17 §. 1 l. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 7 D. quod met. causa 4. 2, l. 5 D. de interd. 43. 1, l. 1 §. 31. 41. 42 D. de vi 43. 16, l. 22 §. 2 D. quod vi 43. 24, l. 81 D. de V. S. 50. 16; l. 7 D. si serv.

ist, wird dieser Eid aber auch bei anderen Ansprüchen und bei jeder Schuld des Verpflichteten zugelassen[18].

V. Cautionen*.

§. 134.

Außer dem in den vorigen §§. dargestellten gerichtlichen Schutz gibt es noch andere Mittel, welche den Zweck haben, die Verwirklichung des einem Rechte entsprechenden Zustandes zu sichern. Man faßt sie zusammen unter der allgemeinen Bezeichnung Cautionen. Dieselben haben im Einzelnen eine verschiedene Richtung.

1. Es soll dadurch das Recht der Möglichkeit wirksamer Bezweifelung entzogen werden[1]. Diesem Zwecke dienen vor Allem die Beweismittel[2]; es gehört dahin aber auch die Zusammenfassung des vorhandenen Rechtsverhältnisses in einen neuen, seinen Inhalt und seine Begrenzung feststellenden Vertrag[3] (s. g. Verbalcaution).

---

8. 5, l. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1). Seuff. Arch. I. 144. 378, IV. 266, IX. 349. — Nach römischem Recht fand dieser Eid aber nicht bei allen actiones auf restituere und exhibere Statt, sondern nur bei den bonae fidei und arbitrariae actiones dieses Inhalts (l. 5 pr. l. 6 D. h. t., l. 3 §. 2 D. comm. 13. 6). Diese Beschränkung, welche in der Formelconception ihren Grund hatte, gilt heutzutage nicht mehr. Seuff. Arch. XI. 152, XV. 170.

[18] L. 5 §. 4 D. h. t. Seuff. Arch. IX. 349.

* Sintenis I §. 35.

§. 134. [1] Vgl. Bähr Anerkennung §. 1. 2.

[2] Für den Sprachgebrauch der Quellen: l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14: „si debitori meo reddiderim cautionem“ —; l. 47 §. 1 eod.: „instrumentum .. cuiuscunque summae, .. cautiones ex quocunque contractu“ —; l. 15 D. de prob. 22. 3: „cautione exsoluti fideicommissi“. Andere Stellen für Dieses und das Folgende bei Gneist formelle Verträge S. 233 fg.

[3] Nach römischem Recht diente dazu der Stipulationsvertrag. Deßwegen heißt auch die Stipulation cautio, und selbst dann, wenn durch sie das Rechtsverhältniß erst erzeugt wurde (z. B. cautio damni infecti). Gewöhnlich wurde über die Stipulation eine Urkunde errichtet; daraus entsteht die Bedeutung von cautio = Stipulationsurkunde. Vgl. z. B. l. 31 D. de cond. ind. 12. 6, l. 122 §. 5 D. de V. O. 45. 1; l. 6 pr. D. de serv. exp. 18. 7; l. 1 §. 4 D. de stip. praet. 46. 5; l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3, l. 11 §. 2 D. de duob. reis 45. 2. — Nach einer Vorschrift

2. Es soll dadurch der gute Wille des Verpflichteten gesichert werden. Zu diesem Ende dienen Strafversprechen[3a] und Eid[4].

3. Es soll dadurch die Verwirklichung des Rechts gegen factische Hindernisse, wobei von vorzugsweiser Wichtigkeit die Unzureichendheit der Vermögensmittel des Verpflichteten ist, gesichert werden (s. g. Realcaution). Diesem Zweck dienen Bürgschaft[5], Pfandbestellung[6], Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem unbetheiligten Dritten[7], richterliche Einweisung in den Besitz einer Sache oder eines Vermögens[8], richterliche Arrestverfügung[9].

Justinian's soll, wenn (in einem letzten Willen) eine cautio auferlegt sei, darunter nur eine Stipulation verstanden werden, l. 3 C. de verb. et rer. sign. 6. 38. Es unterliegt keinem Zweifel, daß für eine heutzutage Jemandem auferlegte „Sicherheit" diese Interpretationsvorschrift nicht maßgebend sein kann (obgleich Justinian neben den Ausdruck cautio die Ausdrücke securitas, *ἀσφάλεια* stellt).

[3a] Darüber das Nähere II §. 285—286.

[4] Cautio iuratoria, §. 2 I. de satisd. 4. 11. Der Eid tritt hier als promissorischer, nicht als assertorischer auf. Vgl. oben §. 83a und II. §. 283. 324.

[5] Satisdatio, s. g. cautio fideiussoria. L. 1 D. qui satisd. 2. 8, l. 188 §. 1 D. de V. S. 50. 16. Vgl. l. 1 §. 5—8 D. de stip. praet. 46. 5. Wo Bürgschaft gemäß einer Rechtsvorschrift geleistet werden muß (eine durch Rechtsvorschrift auferlegte cautio nennt man heutzutage cautio necessaria), ist der Fiscus befreit, und bei Stadtgemeinden genügt Verbalcaution, l. 1 §. 18 l. 6 §. 1 D. ut leg. 36. 3, l. 3 §. 1. 5 D. si cui plus 35. 3, vgl. l. 2 §. 1 D. de fundo dot. 23. 5. Bei processualischen Cautionen wird die Bürgschaft gegen eidliches Versprechen erlassen Personen, welche Grundstücke in Eigenthum oder Emphyteuse haben (l. 15 D. qui satisd. 2. 8, l. 26 §. 6 C. de episc. aud. 1. 4, l. 4 §. 1 C. de sport. 3. 2, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19), oder die keinen Bürgen finden können (Nov. 112 c. 2 pr., vgl. jedoch l. 7 §. 2 D. qui satisd. 2. 8). Nach römischem Rechte waren außerdem gewisse Beamte privilegiirt, l. 17 pr. C. de dign. 12. 1, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19, l. 3 §. 3 D. de privil. schol. 12. 30.

[6] S. g. cautio pigneraticia. L. 1 §. 9 D. de coll. 37. 6, l. 4 §. 8 D. de fideic. lib. 40. 5.

[7] Sequestratio. Dieselbe kann sowohl durch die Parteien, als durch den Richter erfolgen. L. 17 D. dep. 16. 3, l. 110 D. de V. S. 50. 16; l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24, 3. l. 3 §. 6 D. de lib. exh. 43. 30. Vgl. II §. 380.

[8] Missio in possessionem. Dig. 42. 4 quibus ex causis in possessionem eatur. Aus der Nichtzulassung oder Verdrängung des Eingewiesenen entsteht für denselben ein Anspruch auf das Interesse, l. 1 pr. — §. 5 D. ne vis fiat ei 43. 4. S. II §. 469 Nr. 1.

Anhang zum 1. und 2. Buche.

Von den Privilegien*.

§. 135.

Die regelmäßige und bisher allein betrachtete Art und Weise, wie die Rechtsordnung verfährt, ist die, daß sie Regeln aufstellt, welche an gewisse Voraussetzungen gewisse rechtliche Wirkungen anknüpfen, und nach welchen, so oft sich in einem gegebenen Falle jene Voraussetzungen verwirklichen, diese rechtlichen Wirkungen wirklich eintreten. Ausnahmsweise kommt es aber auch vor, daß die Rechtsordnung auf Grund eines concreten vorliegenden Thatbestandes eine bestimmte rechtliche Wirkung sofort und unmittelbar eintreten läßt. In diesem Falle spricht man von einem Privilegium, Privilegium im eigentlichen oder engeren Sinne[1], obgleich der Ausdruck Privilegium nur da paßt, wo die durch den Rechtssatz erzeugte rechtliche Wirkung eine Begünstigung enthält[2].

Die Privilegien können den verschiedensten Inhalt haben.

---

[9] Personal- oder Realarrest. Jemandem wird die Verfügung über seine eigene Person oder die Verfügung über eine von ihm besessene Sache entzogen (dahin gehört auch die gerichtliche Sequestration).

* Glück I §. 98—100. II. 101—110 (1790. 1791). Hufeland Geist des römischen R. I S. 211—295 (1814). Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XII. 2 (1855). Kierulff S. 53 fg., Wächter II §. 2. 3. 22. 122, Unger I S. 587 fg. II S. 312 fg., Holzschuher I §. 13.

§. 135. [1] Im weiteren Sinne spricht man von Privilegium auch da, wo durch eine Rechtsregel einer Klasse von Personen oder Verhältnissen eine (günstige) Ausnahmsstellung gewährt wird (§. 29). — Der Ausdruck Privilegium bezeichnet auch hier sowohl den Rechtssatz, als die Wirkung desselben.

[2] Daß zur Bezeichnung auch der ungünstigen Ausnahmsstellung weder der Ausdruck privilegium in den Quellen gebraucht wird (in l. 1 §. 2 D. de const. pr. 1. 4 findet sich der Ausdruck constitutio personalis), noch nach dem Sprachgebrauch des Lebens unser Ausdruck Privilegium gebraucht werden kann, ist an dem bezeichneten Orte (§. 29) bereits bemerkt worden. Es kann darüber hinweggesehen werden, weil es jedenfalls von verschwindender Seltenheit ist, daß ein Rechtssatz eine concrete rechtliche Wirkung zum Zweck der Benachtheiligung einer Person schafft.

Es gibt nicht bloß privatrechtliche Privilegien, sondern auch solche, welche dem öffentlichen Rechte angehören. Sie können die Befugniß zu einer Thätigkeit geben (oder nehmen), oder die Befugniß, Anderen etwas zu verbieten[3], oder die Befugniß zu einer Unterlassung[4]. Sie können entweder Rechte und Verpflichtungen begründen, oder nur die Möglichkeit gewähren, Rechte zu erwerben, oder rechtlich thätig zu werden[5].

Die rechtliche Wirkung, welche durch das Privilegium begründet wird, kann sich auf eine bestimmte Person beziehen, oder auf die durch den Eintritt in ein concretes Verhältniß jedesmal erst zu bestimmende[6]. Bezieht sie sich auf eine bestimmte Person, so ist noch entweder möglich, daß sie auf deren Rechtsnachfolger übertragbar ist, oder das Gegentheil[7].

§. 136.

Die Entstehung des Privilegiums setzt einen Rechtssatz voraus. Die regelmäßige Quelle desselben ist Gesetz. Das Gesetz, durch welches ein Privilegium begründet werden soll, bedarf derselben Erfordernisse, wie jedes andere Gesetz; es kommt jedoch häufig vor, daß das bestehende Recht einem an und für sich zur Gesetzgebung

[3] Ein solches Verbietungsrecht kommt namentlich häufig bei Gewerbsprivilegien vor; der Inhaber des Gewerbsprivilegiums kann den betreffenden Gewerbsbetrieb jedem Andern untersagen. Ueber privilegiirte Gewerbsrechte überhaupt vgl. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXXIV. 1. 8 (1861).

[4] Z. B. Privilegium der Steuerfreiheit.

[5] Beispiele: Ertheilung eines Moratoriums, Legitimation eines unehelichen Kindes; Dispensation von einem Ehehinderniß, Ertheilung der venia aetatis.

[6] Darauf beruht die Eintheilung in privilegia personae, rei, causae. Beispiele: 1) dem A wird eine Fabrikconcession gegeben; 2) dem Grundstück A (dem jedesmaligen Eigenthümer des Grundstücks A) wird ein Recht auf Wasserbezug aus einem öffentlichen Gewässer oder Steuerfreiheit (l. 1 §. 43 D. de aqua quot. 43. 20, l. 3 §. 1 D. de cens. 50. 15) verliehen; 3) es gibt ein Staat Papiere auf den Inhaber aus, denen ein höherer Zinsfuß bewilligt wird, als der gesetzlich erlaubte. Die Ausdrücke werden hier in etwas anderem Sinne genommen, als bei den Privilegien im weiteren Sinne (§. 29 Note 5).

[7] Darüber, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, und wenn Uebertragbarkeit stattfindet, in welchem Umfange sie stattfindet, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Vgl. l. 1 §. 43 cit.

nicht befugten Organ die Befugniß zur Verleihung von Privilegien ertheilt[1]. Gewohnheitsrecht ist principiell nicht ausgeschlossen; jedoch wird es sehr schwer sein, daß sich in Beziehung auf ein individuelles Rechtsverhältniß ein Gewohnheitsrecht bilde[2]. Ist ein Gewohnheitsrecht nicht nachweisbar, so entscheiden über die Frage nach der rechtlichen Wirkung längerer Ausübung lediglich die Grundsätze von der Verjährung[3], wobei es auf den besonderen Inhalt des Privilegiums ankommt, in letzter Linie aber die unvordenkliche Verjährung (§. 113) aushelfend eingreift[3a].

Beendigt wird das Privilegium durch den Wegfall seiner Voraussetzungen[4], Verzicht des Berechtigten, aufhebenden Rechtssatz. Ein solcher Rechtssatz ist in seiner Freiheit so wenig beschränkt, wie

---

§. 136. [1] Ist das Privilegium unter Voraussetzung eines gewissen Sachverhalts ertheilt, so kann der Geltendmachung des Privilegiums die Unwahrheit dieses Sachverhalts entgegengesetzt werden (daß die vorausgesetzten Thatsachen nicht, oder daß außer den vorausgesetzten Thatsachen noch andere wahr seien, s. g. exceptio sub- et obreptionis). In dieser Beziehung finden die Grundsätze unserer Quellen von den Rescripten analoge Anwendung, l. 2—5 C. si contra ius 1. 22, l. 2 C. de dil. 3. 11, c. 2. 3. 20 X. de rescr. 1. 3, c. 7 X. de fide instr. 2. 22. Seuff. Arch. VIII. 108, IX. 245, XIII. 4. Puchta Pand. §. 14.

[2] Die Frage, ob ein Privilegium durch Gewohnheitsrecht begründet werden kann, ist sehr bestritten. Dawider die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. I. 3, II. 122, IX. 116, X. 190, XI. 2, XIII. 1, XIX. 1. 104 Nr. I; ferner ein Aufsatz von Wachsmuth im Magaz. für Hannover'sches Recht VII S. 325, auch Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 9—10. VII S. 180 (dieser jedoch mit einer Beschränkung). Dafür Seuff. Arch. II. 251, III. 1. 256, IV. 94, X. 4, XIV. 193, XVIII. 105, XIX. 104 Nr. II, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 Nr. 51, und ein anderer Aufsatz im Magazin für Hannover'sches Recht von Pape VIII S. 163 fg. [Seuff. Arch. XXI. 10.]

[3] Die Grundsätze von dem Erwerbe der Rechte in subjectivem Sinn durch Verjährung.

[3a] In der Frage, wie sie gewöhnlich gestellt wird: kann ein Privilegium durch Herkommen (Observanz) begründet werden, liegen die beiden, nicht immer gehörig unterschiedenen Fragen: 1) kann ein Privilegium durch Gewohnheitsrecht begründet werden? 2) Kann es durch (unvordenkliche) Verjährung begründet werden? Es findet sich übrigens auch die Auffassung, daß in dem Herkommen, der langdauernden Uebung, eine stillschweigende Uebereinkunft oder Anerkennung liege. Seuff. Arch. II. 122, III. 256, IV. 94, IX. 243, XIX. 1.

[4] Z. B. Tod des Berechtigten bei Privilegien, welche an die Person geknüpft sind; Ablauf der Zeit, für welche das Privilegium verliehen ist.

ein Rechtssatz überhaupt beschränkt ist, daher namentlich auch an die Zustimmung des Berechtigten nicht gebunden. Es ist aber zuzusehen, ob, wenn die Rechtsordnung einem zur Gesetzgebung nicht befugten Organ die Befugniß ertheilt hat, Privilegien zu gewähren, sie damit auch die Befugniß hat ertheilen wollen, Privilegien zurückzunehmen. Die Frage, ob der durch einen Rechtssatz seines Privilegiums Beraubte Entschädigung in Anspruch nehmen könne, ist keine privatrechtliche Frage[5]. — Nichtgebrauch ist kein Aufhebungsgrund der Privilegien, sondern nur Aufhebungsgrund der durch dieselben gewährten Rechte, wobei, abgesehen von besonderen gesetzlichen Vorschriften, die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind[6].

---

[5] Seuff. Arch. XIX. 213.

[6] Vgl. l. 1 D. de nund. 50. 11 und c. 6. 15 X. de privil. 5. 33. Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 6 (1831), Steppes das. XIV. 5 (1840). Vangerow I §. 116 Anm. [Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 S. 970. 971.]

Drittes Buch.

Das Sachenrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.

Begriff der Sache. Körperliche und unkörperliche Sachen.

§. 137.

Das Sachenrecht enthält die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse an Sachen. Unter Sachen werden hier verstanden die einzelnen Stücke der vernunftlosen Natur[1]. Indem der Begriff der Sache in dieser Weise bestimmt wird, ist schon gesagt, daß zu demselben das Moment der realen Existenz, der Körperlichkeit, gehört. Nichtsdestoweniger kennt das Recht auch unkörperliche Sachen. Das will sagen: es kommt vor, daß das Recht bloß gedachte Dinge, wenn auch nicht durchweg, doch in einzelnen Beziehungen, als Gegenstände von Rechtsverhältnissen behandelt, wie körperliche[2]. Unkörperliche Sachen in diesem Sinne sind:

---

§. 137. [1] Der weitere Sinn des Ausdrucks Sache, in welchem er nicht bloß das real Existirende, sondern auch das Gedachte bezeichnet, ist für das Recht unbrauchbar. Vgl. jedoch die folgende Note.

[2] Das Gedachte ist für das Recht nicht Sache, aber das Gedachte kann für das Recht Sache sein. Es gibt juristische Sachen, wie es juristische Personen gibt. Man muß sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte, wenn es vom Rechte als Sache, d. h. als Gegenstand von Rechtsverhältnissen, behandelt wird, nun auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grund-

1) die Sachgesammtheiten, d. h. die ideellen Zusammenfassungen einer Reihe von einzelnen körperlichen Sachen zu einem als besondere Sache gedachten Ganzen, wie z. B. eine Heerde, ein Waarenlager rc. rc[3]. Durch eine solche Zusammenfassung hören jedoch die zusammengefaßten Sachen nicht auf, zugleich als einzelne zu existiren, und können daher als einzelne einem andern Rechtsverhältnisse unterworfen sein, als dasjenige ist, in welchem sie als Bestandtheile des Ganzen stehen[4].

---

sätze gestellt würde, wie die körperliche Sache. Wie weit das Recht in dieser Beziehung gehe, ist für jede Klasse von unkörperlichen Sachen besonders zu bestimmen. Vgl. Note 4 a. E. 6. 7.

[3] Es gibt universitates von Sachen, wie es universitates von Rechten und Personen gibt (§. 42. 57). Näher pflegt man die universitates, von welchen hier die Rede ist (nach l. 30 pr. D. de usurp. 41. 3, §. 18 I. de leg. 2. 20, l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 70 §. 3 D. de usufr. 7. 1), als universitates rerum distantium zu bezeichnen; denn das Ganze, zu welchem eine Mehrheit einzelner Sachen zusammengefaßt wird, kann auch eine körperliche Existenz haben, so z B. beim Hause, beim Schiffe rc. rc. (s. g. universitates rerum cohaerentium). In diesem letzteren Falle liegt in der That eine körperliche Sache vor, keine unkörperliche, während z. B. der Heerde als solcher, d. h. als gedachtem Ganzen, keine körperliche Existenz zukömmt, sondern nur den einzelnen zu derselben gehörigen Thieren, und der Ausdruck corpus in den Quellen auf sie nur in dem Sinne angewendet wird (vgl. die oben genannten Stellen), um zu bezeichnen, daß sie eben als Ganzes, d. h. als ein von ihren Bestandtheilen verschiedenes Ding, in Betracht komme. Eine besondere Abhandlung über die universitates rerum ist die von Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XI. 9 (1828). — Theaterinventar als Sachgesammtheit: Seuff. Arch. XV. 187.

[4] Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß das römische Recht nur die einzelnen Stücke der Sachgesammtheit, nicht auch diese als solche, als Gegenstände von Rechten behandele, so namentlich von Wächter Erörter. I S. 17 fg., Unger I S. 483 fg., Dernburg Pfandr. I §. 59, Vangerow I §. 71 Anm. a. E. (in der 7. Aufl., anders noch in der 6.); dagegen Warnkönig a. a. O. S. 190 fg., Puchta §. 35, Arndts §. 48, Sintenis I S. 432 fg., besonders Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 95 fg. Es ist zuzugeben, daß der Ausdruck res incorporalis auf die Sachgesammtheiten nicht angewendet wird; es ist ferner zuzugeben, daß sich Stellen wie l. 13 pr. l. 34 pr. D. de pign. 20. 1, l. 22 D. de leg. I° 30, l. 68 §. 2 l. 69 D. de usufr. 7. 1 auch ohne Annahme eines Rechts an der Sachgesammtheit erklären lassen. Dagegen halte ich für entscheidend l. 1 §. 3 l. 3 pr. D. de R. V. 6. 1. Hier wird eine Vindication der Heerde als solcher zugelassen, und zwar nicht, wie man gesagt hat, bloß in dem Sinne, daß der Kläger

2) Auch Rechte können möglicherweise selbst wieder den Gegenstand von Rechtsverhältnissen bilden (§. 42 a. E.); es gibt z. B. einen Nießbrauch und ein Pfandrecht an Forderungen[5]. Wie mit den einzelnen Rechten verhält es sich auch mit der Gesammtheit der Rechte, welche sich im Vermögen darstellt; dasselbe wird zum Gegenstand eines Rechtsverhältnisses bei der Beerbung[6].

---

nicht nöthig haben solle, die einzelnen Stücke speciell zu bezeichnen, sondern es heißt ausdrücklich: „sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint", was sich unmittelbar als praktisch in dem Falle erweist, wo der Beklagte nachweisen kann, daß einzelne Stücke der Heerde nicht im Eigenthum des Klägers stehen; der Beklagte muß sie dennoch herausgeben (vgl. l. 23 §. 5 eod.), er müßte denn zugleich nachweisen können, daß sie in seinem Eigenthum stehen, von welchem Falle l. 2 eod. handelt. Ein Argument für die hier vertheidigte Ansicht enthält auch l. 21 §. 1 D. de exc. rei iud. 44, 2 in ihrem ersten Theil, deren zweiter Theil sich aus dem §. 130 Nr. 3 Gesagten erklärt, vgl. übrigens auch Girtanner a. a. O. S. 133 fg. Daß die universitas rerum distantium nicht Gegenstand des Besitzes sein kann (l. 30 §. 2 D. de usurp. 41. 3), ist zugestandenermaßen kein Argument gegen die hier aufgestellte Ansicht, vgl. Note 2. — Besondere Meinungen: 1) das römische Recht erkenne bei Sachgesammtheiten zwar Einheit der Vindication, aber darüber hinaus kein Eigenthum an der Gesammtheit an, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 71 fg., Brinz S. 177. 2) Das römische Recht erkenne Einheit der Vindication nur bei solchen Sachgesammtheiten an, welche sich, wie die Heerde und der Bienenschwarm (l. 5 §. 2. 4 D. de A. R. D. 41. 1), aus sich selbst ergänzen, Ihering Geist des röm. R. III S. 38 Anm. 22. 3) Die Sachgesammtheit habe nicht eine lediglich gedachte, sondern eine natürliche Existenz. Diese Ansicht (Puchta Vorl. zu §. 35 nennt sie eine „seltsame Einbildung"), findet sich schon bei Warnkönig a. a. O. S. 179, außerdem bei Brinz S. 177, und ist neuerlich des Breiteren ausgeführt worden von Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 2, (vgl. oben §. 58 Note 3). Der Letztere zieht daraus sogar die Consequenz, daß an Sachgesammtheiten Besitz möglich sei. Vgl. gegen Baron Pernice krit. VJSchr. VII S. 116 fg. — [Exner Tradition S. 216 fg. Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 65 fg.]

[5] Rechte (Vermögensrechte) werden in den Quellen als res incorporales wirklich bezeichnet, aber freilich auch sie, wenigstens zunächst, nicht unter dem Gesichtspunkte, daß sie Gegenstände von Rechtsverhältnissen sein können, sondern insoweit, als sie wie die körperlichen Sachen Vermögensbestandtheile sind (§. 42).

[6] Auch dieß wird bestritten; man leugnet, daß das Recht des Erben von dem römischen Recht als dingliches Recht aufgefaßt werde. Aber Gai. IV. 17! Eine andere Frage ist freilich, welches der nähere Inhalt dieses Rechts sei.

Geht man über den Kreis des römischen Rechts hinaus, so müssen auch Geistesproducte: wissenschaftliche und Kunstwerke, Erfindungen ꝛc. ꝛc. als unkörperliche Sachen in dem hierher gehörigen Sinne bezeichnet werden. Das moderne Recht behandelt dieselben als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, wie körperliche Sachen[7].

Einfache und zusammengesetzte Sachen*.

§. 138.

Einfach ist diejenige Sache, in welcher für sich bestehende Bestandtheile nicht unterschieden werden können[1], zusammengesetzt diejenige, in welcher dieß möglich ist. Eine Art der zusammengesetzten Sachen ist bereits in dem vorigen §. genannt worden, die Sachgesammtheiten[2]. Aber auch körperliche Sachen können

---

Legt man denselben auseinander, so kommt man allerdings zu dem Resultate, daß das Recht des Erben darin bestehe, in vermögensrechtlicher Beziehung als der Repräsentant des Erblassers behandelt zu werden. Vgl. Arndts Beitr. S. 18 fg., Puchta II §. 243. d, Unger I S. 535—539 und österr. Erbrecht §. 2. Anm. 14, Brinz §. 151. 156; und dagegen (für die hier vertretene Ansicht) Dernburg Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen S. 13 fg., Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 56—57. [Vgl. aber auch III §. 605 Note 13.]

[7] Wenn man aber demgemäß von einem geistigen Eigenthum spricht, so ist dieser Ausdruck allerdings insofern von sehr zweifelhaftem Werthe, als er geeignet ist, zu der Annahme zu verleiten, als seien hier ohne Weiteres die Grundsätze von dem Eigenthum an körperlichen Sachen maßgebend. Vgl. §. 168 g. E. Das deutsche Hauptwerk über diesen in der neueren Zeit viel behandelten Gegenstand ist das von O. Wächter das Verlagsrecht II. 8. (1857. 1858); darüber Schmid Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 425 fg. Vgl. noch Gerber Jahrb. f. Dogm. III. 4. (1859), Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXXIV S. 181 fg. (1861), H. Ortloff Jahrb. f. Dogm. V. 6 (1861). Eigenthum an Zeitungen: Roßhirt Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 65 fg. [Mandry Commentar zum k. bayerischen Gesetz vom 28. Juni 1865 zum Schutz der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst. 1867. Vgl. auch krit. VJSchr. IX S. 582 fg. X S. 270 fg.]

* Unger I §. 52, Lenz Recht des Besitzes S. 118—129.

[1] L. 30 pr. D. de usurp. 41. 3 — „Tria . . . genera sunt corporum. Unum, quod continetur uno spiritu, et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo tignum lapis et similia. §. 138.

[2] L. 30 cit. — „Tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex".

zusammengesetzt sein, entweder so, und dieß ist die Regel, daß sie in ihrer Zusammensetzung eine neue, von den verbundenen Sachen verschiedene Sache, ein den Bestandtheilen gegenüber selbständiges Ganze bilden[3], oder so, daß durch die Zusammensetzung eine neue Sache nicht entsteht, sondern nichts vorhanden ist, als früher vorhanden war, nur statt mehrerer unverbundener Sachen mehrere verbundene[4]. In dem ersten Fall ist, wie bei der Sachgesammtheit, ein doppeltes Rechtsverhältniß möglich, erstens ein Rechtsverhältniß am Ganzen und insofern an den zu demselben gehörigen Bestandtheilen, zweitens ein Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen, insofern sie doch auch in der Verbindung ihre besondere Existenz nicht verlieren. Nur ist der Unterschied gegenüber der Sachgesammtheit der, daß das Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen so lange ruht, als die körperliche Verbindung dauert, und erst dann wieder auflebt, wenn die Bestandtheile als für sich bestehende Sachen auch äußerlich wiederhergestellt sind[5].

Bewegliche und unbewegliche Sachen*.

§. 139.

Die Sachen sind entweder bewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung möglich ist[1], oder unbewegliche, d. h. solche,

---

[3] L. 30 cit. — „Alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod *συνημμένον* vocatur, ut aedificium navis armarium". Der Ausdruck universitas wird für diese Art von zusammengesetzten Sachen in gleicher Weise gebraucht, wie für die Sachgesammtheiten, l. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. („universitas aedium").

[4] Hierher zählt l. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1 den Fall, wo Blei und Silber zusammen geschmolzen wird.

[5] L. 23 pr. §. 2 de usurp. 41. 3, l. 7 §. 10 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2 D. de superfic. 43. 18, l. 44 §. 1 i. f. D. de O. et A. 44. 7, l. 44 D. de R. V. 6. 1, l. 40. de A. E. V. 19. 1. Das Nähere unter §. 188. 189.

* Böcking I §. 74, Sintenis I S. 416—18, Wächter II §. 37, Unger I §. 48.

§. 139. [1] Ob sie ihren Ort durch eigene Kraft zu verändern im Stande sind (res se moventes), oder nicht (res mobiles i. e. Sinne), ist juristisch gleichgültig. Bei den Römern konnte hier der Ausdruck moventia Veranlassung zu

bei welchen eine Ortsveränderung nicht möglich ist. Unbeweglich sind nur die Grundstücke[2], d. h. die begrenzten Theile der Erdoberfläche[3]. Ein in mancher Beziehung wichtiger Unterschied zwischen den Grundstücken ist der, ob sie bebaut sind, oder ob sie zu Culturzwecken dienen. Dieser Gegensatz wird passend durch die Ausdrücke: Gebäudegrundstücke, Feldgrundstücke bezeichnet[4]. — Der Gegensatz zwischen den beweglichen und unbeweglichen Sachen ist für die germanische Rechtsanschauung wichtiger als für die römische. Namentlich damit hängt es zusammen, daß dieser Gegensatz in Deutschland auf die unkörperlichen Sachen, d. h. die übrigen Vermögensstücke, übertragen worden ist[5].

---

einer Frage geben. L. 93 D. de V. S. 56. 16; vgl. l. 15 §. 2 D. de re iud. 42. 1.

[2] Res soli, fundi, praedia. L. 115. 211 D. de V. S. 50. 16. Im engeren Sinne bezeichnet fundus nicht das Grundstück überhaupt, sondern den Gegensatz zu dem Gebäudegrundstück. Gai. II. 42, l. 1 §. 3. 6 D. de vi 43. 16. [Schiffe im HGB.: Goldschmidt Handelsrecht I §. 60 Note 8.]

[3] Zum Grundstücke gehört auch der unter und über demselben befindliche Raum, l. 13 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 12 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 1 pr. l. 9. 14. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 §. 5 l. 14 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 22 §. 4 D. quod vi 43. 24. Die Erstreckung des Eigenthums auf den einen und den andern Raum leugnet Werenberg Jahrb. f. Dogm. VI S. 12 fg., aus sehr ungenügenden Gründen, unter denen eine bedeutende Rolle spielt, daß die Luft res communis sei. S. dawider Ihering das. S. 85 fg., Hesse das. S. 393 fg. Die mit dem Grund und Boden verbundenen beweglichen Sachen, wie namentlich Pflanzen und die auf denselben zu einem Gebäude zusammengefügten Materialien, sind Bestandtheile einer unbeweglichen Sache; insofern sie aber als für sich bestehende Sachen aufgefaßt werden, müssen sie nach wie vor als bewegliche behandelt werden. Seuff. Arch. XVIII. 207; unrichtig das. XVIII. 209. Vgl. auch v. Buchholtz Versuche Nr. 2.

[4] Die Quellen sagen: praedia urbana, praedia rustica, l. 198 D. de V. S. 50. 16, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. D. comm. praed. 8. 4 (vgl. aber auch l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 4 §. 1 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Zu welcher Classe die nicht bebauten, aber auch zur Gewinnung von Früchten nicht geeigneten Grundstücke gehören, ist in den Quellen nicht entschieden; vgl. Wächter II S. 214.

[5] Unsere Quellen setzen die res mobiles und immobiles den Rechten (iura, nomina, actiones, res incorporales, iura incorporalia) entgegen, l. 7 §. 4 D. de pec. 15. 1, l. 15 §. 2 D. de re iud. 42. 1, l. 2. 3 C. de quadr.

Theilbare und untheilbare Sachen*.

§. 140.

Theilbar sind diejenigen Sachen, welche unbeschadet ihres Wesens und Gesammtwerthes in Theile zerlegt werden können; untheilbar sind diejenigen, bei welchen dieß nicht möglich ist[1]. Die Theilung einer Sache kann entweder durch Aufhebung ihres körperlichen Zusammenhanges vollzogen werden, oder mit Wahrung desselben[2].

---

praescr. 7. 37, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Wenn aber in Deutschland eine Rechtsbestimmung oder eine Privatdisposition einen Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen macht, wohin sind dann die Rechte zu rechnen? Natürlich die Rechte an fremden Sachen zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, je nachdem ihr Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist: aber man streitet in Betreff der Forderungsrechte. Es wird im Zweifel anzunehmen sein, daß es auch hier auf den (mittelbaren) Gegenstand des Forderungsrechts ankommt, ob derselbe ein Grundstück ist, oder nicht, vgl. l. 15 D. de R. I. 50. 17, l. 143 D. de V. S. 50. 16. Andere zählen die Forderungsrechte unter allen Umständen zu dem beweglichen Vermögen, weil sie unmittelbar nie auf ein Grundstück, sondern auf eine Handlung gehen. Vgl. Wächter II S. 223—227, Unger I S. 394—400, Dernburg Pfandr. I S. 505.

* v. Buchholtz Versuche Nr. 4, Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII. 7 (1844) u. Handbuch §. 43, Böcking I §. 75, Sintenis I S. 435—437, Unger I §. 51.

§. 140. [1] Es ist dieß der juristische Begriff der Theilbarkeit und Untheilbarkeit; denn im natürlichen Sinne ist jede Sache theilbar. Aber im juristischen Sinne ist z. B. untheilbar das Pferd, denn die einzelnen Theile, in welche es zerlegt werden kann, sind keine Pferde mehr; untheilbar der Edelstein, denn die einzelnen Theile, in welche er zerlegt werden kann, haben zusammen nicht mehr den Werth, welchen er vor der Zerlegung hatte, L. 26 §. 2 D. de leg. I° 30: — „sin autem vel naturaliter indivisae sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest“; l. 35 §. 3 D. de R. V. 6. 1: — „quae sine interitu dividi non possunt“; l. 34 §. 2 C. de don. 8. 54, §. 5 I. de off. iud. 4. 17. Vgl. auch l. 36 D. de evict. 21. 2, l. 13 §. 2 D. de accept. 46. 4, aus welchen Stellen hervorgeht, daß auch die in einem Gebäude enthaltenen Baumaterialien in dem hierher gehörigen Sinne nicht als Theile des Gebäudes angesehen werden dürfen; denn sie sind etwas Anderes, als das Gebäude. Sie sind nicht Theile, sondern Bestandtheile.

[2] In dem letzten Fall liegt es nahe, auch nach vollzogener Theilung noch von Theilen eines Ganzes zu reden (daher die communio pro diviso in l. 5 §. 16 D. de reb. eor. 27. 9, l. 29 D. de A. R. D. 41. 1); aber in der Wirklichkeit ist auch in ihm nicht minder, als in dem ersten, nach vollzogener

Das Letztere ist nothwendig bei Grundstücken, möglich auch bei beweglichen Sachen[3].

Von Theilen einer Sache wird aber auch noch in einem ganz anderen Sinne gesprochen. Man spricht nämlich von Theilen einer Sache auch da, wo nicht der Körper der Sache getheilt ist, sondern ihr Werth; den Gegenstand der Theilung bildet die Sache nicht insofern sie als Körper, sondern insofern sie als Werthobject gedacht wird. Da diese Theile nicht in sinnlicher Wirklichkeit existiren, nennt man sie gedachte, intellectuelle Theile, auch ungetheilte Theile (Rechnungstheile, Bruchtheile, Antheile)[4].

Theilung eine Mehrheit selbständiger Sachen vorhanden. L. 6 §. 1 D. comm. praed. 8. 4: — „si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus". L. 25 §. 1 D. de V. S. 50. 16.

[3] L. 5 §. 1 de R. V. 6. 1, l. 27 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 36 D. de S. P. U. 8. 2, l. 83 D. pro socio 17. 2. L. 8 D. de R. V. 6. 1 leugnet nur, daß Besitz an nicht körperlich abgesonderten Theilen einer beweglichen Sache möglich sei. Die Meisten nehmen auf Grund dieser Stelle an, daß an Theilen beweglicher Sachen ohne reale Zerlegung eine Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses überhaupt nicht stattfinden könne; ja früher wurde sogar auf sie die Meinung gestützt, und zwar war dieß die herrschende Meinung, daß bewegliche Sachen gar nicht, auch nicht unter Aufhebung des körperlichen Zusammenhangs, theilbar seien. Mit l. 83 D. pro soc. cit. steht allerdings, was den in derselben behandelten Fall angeht, l. 19 D. comm. div. 10. 3 in Widerspruch; aber es ist ungerechtfertigt, die letztere Stelle der ersteren vorzuziehen, und nicht umgekehrt. Vgl. jedoch Vangerow I §. 329 Anm. 2, und im Uebrigen Wächter Arch. a. a. O. S. 158 fg. 179 fg., Unger §. 51 Note 19.

[4] L. 5 pr. D. de stip. serv. 45. 3. „Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore". L. 25 D. quib. mod. ususfr. 7. 4. „Placet, vel certae partis vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti". L. 66 §. 2 D. de leg. II° 32: — „plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent". L. 5 §. 15 commod. 13. 6: — „ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere" (zu verbinden pro indiviso mit corporis, pro parte mit dominium). Die herrschende Meinung versteht die s. g. intellectuelle Theilung von einer Theilung des Rechts, d. h. des Rechtsinhaltes (vgl. z. B. Kierulff S. 325—328, Böcking I S. 264, Arndts §. 53). Aber ein Rechtsinhalt kann gar nicht

Verbrauchbare, abnützbare Sachen.

§. 141.

Verbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität besteht[1]. Andere Sachen werden zwar durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, nicht sofort zerstört, aber allmälig in

---

getheilt sein; wer die Befugniß, seinen Willen in einer bestimmten Weise geltend zu machen, nur zum Theil hat, hat gar Nichts. Es kann nur ein Rechtsinhalt Mehreren gemeinschaftlich sein, in der Weise, daß die durch denselben gegebene Befugniß nicht anders als von Mehreren gemeinschaftlich soll ausgeübt werden können; und für dieses Verhältniß sind die Theile, welche den mehreren Berechtigten zugeschrieben werden, ohne alle Bedeutung; jeder Berechtigte ist immer an die Zustimmung des andern gebunden, wie auch das Verhältniß ihrer Antheile sein mag. Die Bedeutung der Theile, welche ihnen zugeschrieben werden, ist eine ganz andere; es soll damit gesagt sein, in welchem Maße einem Jeden der Werth des Rechts zu Gute kommt (vgl. §. 169a), und bleibt man daher dabei stehen, die s. g. intellectuelle Theilung auf das Recht zu beziehen, so darf dieselbe nicht von dem Inhalt des Rechts verstanden werden, sondern von dem Werthe desselben. Wie aber in einer dem Leben und dem Rechte geläufigen Auffassungsweise dem Eigenthumsrechte an der Sache die Sache selbst substituirt wird (§. 42), so auch dem Antheil an dem Eigenthumsrechte der Antheil an der Sache, und da der Antheil am Eigenthumsrechte Antheil an dem Werthe des Eigenthumsrechts bedeutet, so muß der Antheil an der Sache Antheil am Werthe der Sache bedeuten; welcher Antheil dann auch als Gegenstand anderer Rechtsverhältnisse, als des Eigenthumsrechts, aufgefaßt wird, so des Nießbrauchsrechts (l. 25 D. quib. mod. usufr. 7. 4). Von den oben abgedruckten Stellen vertragen sich zwar die zwei letzten recht gut mit einer Beziehung der s. g. intellectuellen Theilung lediglich auf das Recht, nicht aber die beiden ersten, vgl. auch noch l. 54 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 29 D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6. Indem Wächter Arch. a. a. O. S. 162 fg. und Handbuch §. 43 Note 12 dieß mit Recht gegen die Ansicht derjenigen geltend macht, welche die intellectuelle Theilung lediglich auf das Recht beziehen, sucht er selbst (unter Zustimmung von Unger I S. 416) die in den Quellen unzweifelhaft vorkommende Hereinziehung der Sache sich dadurch zurechtzulegen, daß er annimmt, die Sache, obgleich wirklich nicht getheilt, werde als getheilt gedacht. Die hier vertretene Ansicht steht damit nicht in Widerspruch; sie formulirt nur bestimmter, in welchem Sinne die Sache als getheilt gedacht wird.

§. 141. [1] So Getreide, Wein rc. Die Quellen sagen: res quae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu, in absumtioue sunt, quae usu continentur, §. 2 I. de usufr. 2. 4, l. 5 §. 1 l. 7 D. de usufr. ear. rer. 7. 5.

einen Zustand versetzt, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer Bestimmung gemäß verwendet zu werden, man nennt sie passend abnützbare Sachen[2].

In einem ganz besonderen Sinne wird das Geld eine verbrauchbare Sache genannt. Es ist verbrauchbar, insofern es nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen[3].

Gattungs- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen*.

§. 142.

Die Sachen pflegen für den Verkehr in Betracht zu kommen entweder in ihrer individuellen Bestimmtheit, oder nur nach der Gattung, zu welcher sie gehören; die letzteren Sachen nennt man Gattungssachen, oder auch, weil bei ihnen jedes zu dieser Gattung gehörige Sachindividuum durch jedes andere zu derselben gehörige Sachindividuum vertreten werden kann, vertretbare Sachen[1]. Bei

---

Ueber die Begriffsbestimmung s. Wächter II S. 219 Note 36, Unger I S. 401.

[2] Kleider z. B. werden durch den ordnungsmäßigen Gebrauch, welcher von ihnen gemacht wird, nicht aufgebraucht, aber allmälig in Lumpen verwandelt. In l. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5 werden von den Sachen, welche usu tolluntur, diejenigen, die usu minuuntur, unterschieden. Im weiteren Sinne kann man aber auch von den letzteren sagen, daß sie usu consumuntur, und das sagt z. B. §. 2 I. de usufr. 2. 4 wirklich von den Kleidern.

[3] Dadurch, daß das Geld ausgegeben wird, „consumitur pecunia", s. z. B. l. 32 D. de min. 4. 4, l. 13 D. de R. C. 12. 1 u. a. m. Auch die Aeußerung des §. 2. I. de usufr. 2. 4 in Betreff des Geldes: „in ipso usu assidua permutatione quodammodo exstinguitur" ist nach dem Zusammenhang unzweifelhaft von der Verbrauchbarkeit des Geldes, nicht von der allmäligen Abnützbarkeit der einzelnen Geldstücke zu verstehen. Vgl. übrigens §. 186 Note 16.

* Kierulff S. 313—317, Böcking I. §. 77, Wächter II §. 38, Unger I §. 50, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 400 fg. [Goldschmidt Handelsr. I §. 61.]

[1] Der Begriff Gattungssache wird in l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1 durch den Ausdruck: res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem [magis] quam specie bezeichnet. Der Ausdruck species zur Bezeichnung des Sachindividuums gegenüber der nur generisch bestimmten Sache, des genus, §. 142.

den Gattungs- oder vertretbaren Sachen muß in jedem einzelnen Fall die Quantität näher bezeichnet werden, um welche es sich handelt; weßwegen man sie auch Quantitätssachen nennen kann[2]. Eine andere, und noch immer die gebräuchlichste Bezeichnung für sie ist: fungibele Sachen[3]. Besonders wichtig unter den Sachen dieser Art ist das Geld.

Es liegt auf der Hand, daß es sich mit dem hier bezeichneten Gegensatz anders verhält, als mit den bisher betrachteten Gegensätzen; es ist kein in den Sachen liegender Gegensatz, sondern ein in dieselben hineingetragener, obgleich er mit den natürlichen Eigenschaften der Sachen zusammenhängt. Mit Rücksicht darauf kann man eben auch nur sagen, daß der Verkehr regelmäßig bestimmte Sachen als vertretbare behandeln wird, andere als unvertretbare; dieß hindert aber nicht, daß in einem gegebenen Fall eine zu der ersten Klasse gehörige Sache nach ihrer individuellen Bestimmtheit, oder eine zu der zweiten Klasse gehörige nur nach ihrem Gattungsverhältniß in Betracht kommen kann[4].

---

kommt auch in andern Stellen vor, z. B. l. 54 pr. l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1 (vgl. aber auch l. 29 D. de sol. 46. 3, wo gerade die Gattungssachen „res quae communi specie continentur" genannt werden); ein entsprechender Ausdruck ist corpus, z. B. in l. 30 pr. l. 34 §. 3. 4 l. 51 D. de leg. I° 30. Die Bezeichnung vertretbare Sache ist aufgebracht von K. S. Zachariä (Böcking §. 77 Note 5), wird getadelt von Savigny (VI §. 268. b) als „ohne hinzugefügte Erklärung kaum verständlich, da auch alle anderen Sachen einer Vertretung (durch Geldentschädigung) empfänglich sind".

[2] Die Quellen sagen: res quae numero pondere mensura consistunt, constant, continentur, valent), z. B. pr. I. quib. mod. re 3. 14, l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 42 D. de I. D. 23. 3, l. 1 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 §. 7 D. ad leg. Falc. 35. 2. Statt Quantitätssachen sagt Savigny (VI S. 123) Quantitäten, — weniger passend; Wein, Oel 2c. kommt in einem gegebenen Fall nur als Quantität in Betracht, aber ist selbst keine Quantität. Der Ausdruck quantitas bedeutet in den Quellen zunächst Geldsumme; erst in zweiter Linie wird er auch zur Bezeichnung von Quantitäten anderen Inhalts gebraucht; vgl. l. 34 §. 3. 6 D. de leg. I° 30. l. 87 pr. D. de leg. II° 31, l. 94 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 15 §. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 19 §. 1 D. de auro 34. 2.

[3] Der barbarische und ganz unbezeichnende Ausdruck res fungibilis ist nach l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1 (Note 1), wie es scheint, von U. Zasius (zu §. 30 I. de act. Nr. 17. 18) erfunden. Savigny VI §. 268. a.

[4] L. 2 §. 1 l. 54 pr. l. 117 D. de V. O. 45. 1, l. 37 pr. l. 110 D.

Gegen die Identificirung des Begriffs vertretbare Sachen mit dem Begriff verbrauchbare Sachen zu warnen, ist fast überflüssig. Die Verwechslung dieser Begriffe, welche früher häufig war[5], hat ihre Veranlassung darin, daß die verbrauchbaren Sachen regelmäßig von dem Verkehr auch als vertretbare behandelt werden; aber nicht ist auch das Umgekehrte wahr[6].

Zubehörungen*.

§. 143.

Zubehörungen (Pertinenzen) sind diejenigen Sachen, welche, ohne Bestandtheile einer anderen Sache zu sein[1], doch zu einer anderen Sache in dem Sinne gehören, daß sie nur um dieser Sache willen vorhanden sind. Der Begriff der Zubehörung hat seine juristische Bedeutung darin, daß jede rechtliche Verfügung, welche über eine Sache getroffen wird, ohne Weiteres auch die Zubehörungen derselben ergreift[2]. Damit man sagen könne, eine Sache sei nur um einer anderen willen vorhanden, ist näher erforderlich:

---

de leg. I° 30, l. 24 D. dep. 16. 3, l. 30 §. 6 l. 34 §. 4 D. de leg. I° 30, l. 37 D. de V. O. 45. 1. Vgl. II §. 255 Note 17.

[5] Noch der Code Napoléon definirt (Art. 1874) das Darlehn als „prêt des choses, qui se consomment par l'usage, qu'on en fait".

[6] Man denke z. B. an Nadeln, Bücher ꝛc. Vgl. über das Verhältniß beider Begriffe noch H. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch (München 1864) S. 8—19.

* Funke die Lehre von den Pertinenzen (1827). Kierulff S. 330—338, Böcking I §. 81, Sintenis I S. 427—430, Wächter II S. 242—259, Unger I §. 53—55, Beseler deutsch. Privatr. §. 78. [Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 58 fg.]

[1] Dieser negative Theil der Begriffsbestimmung ist bis in die neuere Zeit hinab verkannt worden. Und doch ist das Verhältniß der Bestandtheile ein ganz anderes, viel weiter gehendes, als das der Zubehörungen. Der Bestandtheil folgt in aller und jeder Beziehung dem Rechte des Ganzen, dessen Bestandtheil er ist, die Zubehörung nur in der im Text genannten. Der Bestandtheil hat (als solcher) kein selbständiges Dasein, die Zubehörung hat nur keine selbständige Bedeutung. Wächter Erörter. I S. 36 fg. und Handbuch II S. 243—249, Unger I S. 427—447. §. 143.

[2] L. 13 §. 31 D. de A. E. V. 19. 1. „Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter

1) daß sie die Bestimmung habe, die Verwendbarkeit der Sache zu den in ihrer Natur liegenden Zwecken zu ermöglichen oder zu fördern, wogegen Mittel der Verwendung selbst, d. h. die Sachen, mit deren Hülfe die Verwendung einer Sache zu ihren Zwecken ausgeführt wird, Zubehörungen nicht sind[3];

2) daß diese ihre Bestimmung schon wirklich realisirt[4], und

3) daß dieselbe eine bleibende sei[5].

Körperliche Verbindung ist für den Begriff der Zubehörung weder erforderlich, noch genügend[6]. Im Uebrigen können nicht bloß unbewegliche Sachen Zubehörungen haben, sondern auch

---

aedes habentur". L. 91 §. 5 D. de leg. III° 32. — Natürlich kann die Auslegung in einem gegebenen Falle möglicherweise noch weiter führen, so daß außer den Zubehörungen der Sache, auf welche sich eine Verfügung bezieht, noch andere Sachen als in der Verfügung mitbefaßt angesehen werden müssen (vgl. z. B. l. 3 §. 1 D. de trit. leg. 33. 6, l. 3 §. 11 l. 4 pr. D. de penu leg. 33. 9); aber wenn man deßwegen, wie namentlich Wächter II S. 257. 258 thut, diese Sachen ebenfalls Pertinenzen nennt, und sie den „natürlichen" oder „präsumtiven" Pertinenzen entgegensetzt, so ist das verwirrend. Denn der Begriff der Pertinenz hat eben nur darin seine Bedeutung, daß er bestimmend ist für den Umfang einer Willenserklärung, während in dem genannten Fall umgekehrt der aus andern Gründen festgestellte Umfang der Willenserklärung bestimmend ist für die Annahme, daß eine Sache als Zubehörung gemeint sei. Vgl. namentlich Unger I S. 447—453.

[3] Zubehörungen eines Hauses sind z. B. Schlüssel, Vorfenster, Brunnendeckel; aber Zubehörung eines Gutes ist nicht das Gutsinventar. Uebrigens liegt es auf der Hand, daß die Grenze zwischen den Mitteln der Verwendbarkeit und den Mitteln der Verwendung im einzelnen Fall eine zweifelhafte sein kann. So bestimmt in unseren Quellen dem Gutsinventar die Qualität als Zubehörung abgesprochen wird (l. 1 pr. l. 2 §. 1 D. de instr. 33. 7, l. 14 D. de supp. leg. 33. 10), so werden doch andererseits die auf einem Gute befindlichen Düngervorräthe, sowie die auf einem Weinberge vorhandenen Rebpfähle als Zubehörungen anerkannt, l. 17 §. 2. 11 D. de A. E. V. 19. 1. Vgl. außer den hier genannten Stellen noch l. 13 §. 31 — l. 18 eod., l. 47—49 D. de contr. emt. 18. 1, l. 91 §. 4. 5. D. de leg. III° 32, l. 242 §. 2. 4 l. 245 D. de V. S. 50. 16.

[4] L. 17 §. 10. 11 D. de A. E. V. 19. 1.

[5] L. 17 §. 7 eod., l. 26 pr. D. de instr. 33. 7. Seuff. Arch. VII 286, XVIII. 8. Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 23.

[6] L. 17 pr. §. 4. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 245 pr. D. de V. S. 50. 17. Seuff. Arch. XVIII. 8, Buchka u. Budde a. a. O.

bewegliche[7], und jene nicht bloß bewegliche, sondern auch unbewegliche[8]. —

Weiter als der Begriff der Zubehörung ist der Begriff der Nebensache (Accession). Nebensache ist jede Sache, deren rechtliches Verhältniß irgendwie durch das rechtliche Verhältniß einer anderen Sache bestimmt wird. Zubehörungen sind Nebensachen, aber auch Bestandtheile und Früchte sind es[9].

Früchte*.

§. 144.

Bei der Bestimmung des Begriffs der Frucht ist auszugehen von dem Begriff des organischen Erzeugnisses; Früchte sind zunächst die organischen Erzeugnisse einer Sache. Im engeren Sinn werden aber zu den Früchten nur diejenigen organischen Erzeugnisse einer Sache gerechnet, in denen sich der Ertrag der Sache darstellt, d. h. dasjenige, was die Sache ihrer Bestimmung nach abwirft[1], ohne daß ihre Substanz angegriffen wird[2]. Von der anderen Seite werden

---

[7] Dieß wird nicht von Allen anerkannt, so z. B. nicht von Böcking I §. 81 Note 4; aber es folgt aus der Natur der Sache, und wird durch Stellen wie l. 242 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 44 D. de evict. 21. 2, l. 100 §. 3 D. de leg. III° 32 nicht widerlegt; vgl. Wächter II S. 257. Dafür auch l. 52 §. 9 l. 66 D. de leg. III° 32, l. 3 §. 11 l. 4 pr. D. de penu leg. 33. 9.

[8] L. 91 §. 4. 5 D. de leg. III° 32. [Seuff. Arch. XXII. 214.]

[9] Auch bei Rechten ist das Accessionsverhältniß möglich. So ist das Pfandrecht Accession der Forderung. [Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 9 fg. Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 50 fg. 80 fg.]

* Heimbach die Lehre von der Frucht (1843). Wächter Handb. II S. 259—269 und Erörter. I. 3. Janke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers (1862) S. 4—19. Böcking I §. 79. 80, Sintenis I S. 422—426, Unger I §. 56. [Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Dazu Hartmann krit. VJSchr. XI S. 503 fg.]

[1] Ihrer Bestimmung nach. Daher zählt das römische Recht die Kinder einer Sklavin nicht zu den Früchten: „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant“, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3. Vgl. l. 68 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1, aber auch Böcking I §. 79 Note 5. §. 144.

[2] Daher sind die Bäume eines Grundstücks Frucht desselben nur dann und insoweit, wenn und inwieweit sie nach den Grundsätzen einer vernünftigen Bewirthschaftung geschlagen zu werden bestimmt sind. L. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3, l. 10. 11. 12 pr. D. de usufr. 7. 1.

die von einer Sache als Ertrag gewährten Sachen auch dann zu den Früchten gerechnet, wenn sie nicht zu den organischen Erzeugnissen gehören[3]. Ja auch derjenige Ertrag, welchen nicht die Sache selbst gewährt, sondern der von ihr durch Vermittelung eines andern Rechtsverhältnisses gewonnen wird[4], wird im weiteren Sinne zu den Früchten gezählt[5]. Man spricht in diesem letzteren Falle von juristischen Früchten im Gegensatz zu den natürlichen[6].

Die natürlichen Früchte sind, so lange sie noch mit der Hauptsache verbunden sind, in dem Sinne Bestandtheile derselben, daß sie eines selbständigen Rechtsverhältnisses gar nicht fähig sind[7].

---

[3] So Steine, Sand, Kreide. L. 77 D. de V. S. 50. 16. „Frugem pro reditu appellari, non solum quod ex frumentis aut leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur". L. 7 §. 13. 14 D. sol. matr. 24. 3, l. 9 §. 2. 3 l. 13 §. 5 D. de usufr. 7. 1. Wenn es in l. 7 §. 13 cit. heißt: „nec in fructu est marmor, nisi tale est, ut lapis ibi renascatur", so ist das, wie l. 18 pr. D. de fundo dot. 23. 5 deutlich zeigt, nichts als ein ungeschickter Ausdruck für den Gedanken, daß durch die Anlegung eines Marmorbruches nur unter der angegebenen Voraussetzung das Grundstück „fructuosior" gemacht werde. Vgl. Schröder Arch. f. civ. Pr. XLIX. 10. 16. Nothwendig allerdings gehören die „lapides" zu den Früchten nicht, l. 32 D. de I. D. 23. 3.

[4] Was „non natura pervenit, sed iure percipitur", l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1.

[5] So namentlich Miethgelder und Zinsen. Die Quellen sagen nicht eigentlich, sie seien Früchte, sondern sie würden als Früchte angesehen, — pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum, vicem fructuum obtinent, in fructu numeranda sunt. L. 29 D. de H. P. 5. 3, l. 19 pr. l. 34 l. 36 D. de usur. 22. 1. Ja in l. 121 D. de V. S. 50. 16 heißt es geradezu: „usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione". Vgl. l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 58 §. 5 D. ad. SC. Treb. 36. 1, l. 11 D. de don. 39. 5, auf der anderen Seite aber auch l. 4 §. 2 l. 6 §. 6 D. si serv. 8. 5, l. 49 D. de usur. 22. 1 (l. 19 §. 1 eod.). Zinsen: reditus pecuniae, l. 24 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 30 pr. D. de adim. leg. 34. 4.

[6] Man sagt: fructus civiles, naturales. Die Ausdrücke civilis und naturalis in diesem Sinne sind quellenmäßig (vgl. §. 148 Note 12), obgleich sie in Verbindung mit fructus nicht vorkommen.

[7] L. 44 D. de R. V. 6. 1. „Fructus pendentes pars fundi videntur". L. 25 §. 6 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

Erst nach ihrer Trennung sind sie für sich bestehende Sachen und mögliche Gegenstände von Rechtsverhältnissen[8].

II. Rechtsverhältnisse an Sachen.

§. 145.

Die Sachen sind bestimmt, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und der Erreichung menschlicher Zwecke zu dienen. Die rechtliche Form, in welcher sie dieß thun, ist regelmäßig die, daß für sie der Wille eines bestimmten Individuums (oder mehrerer bestimmten Individuen) mit Ausschluß aller anderen Individuen maßgebend ist. Erfaßt dabei der berechtigte Wille die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, so bezeichnen wir das Rechtsverhältniß als Eigenthumsrecht; erfaßt er sie nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, so sprechen wir von einem Rechte an fremder Sache. Aber auch schon die bloße thatsächliche Geltendmachung des Willens für die Sache, der Besitz, ist ein Rechtsverhältniß, ein Verhältniß, welches wichtige rechtliche Folgen hat. Von Besitz, Eigenthumsrecht, Rechten an fremder Sache ist im Folgenden näher zu handeln.

§. 146*.

Das Rechtsverhältniß, welches an Sachen stattfindet, kann

---

[8] Wenn die Quellen den „fructus separati" die „fructus percepti" entgegenstellen, so wollen sie damit den Gegensatz zwischen der Trennung der Frucht an sich und der Inbesitznahme derselben durch eine bestimmte Person bezeichnen, l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 13 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 25 §. 1 i. f. D. de usur. 22. 1, l. 78 D. de R. V. 6. 1. In anderen Stellen heißt fructus percipere nichts als: Früchte ziehen im Allgemeinen, ohne daß damit über die Art und Weise, wie sie gezogen werden, etwas ausgesagt werden soll. So z. B. l. 25 §. 1 init. D. de usur. 22. 1, l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10. 1. Vgl. Wächter Erörter. I S. 55 fg. — Der Begriff der fructus percipiendi (vgl. Wächter das. S. 64 fg.) gehört in diese allgemeine Betrachtung nicht. Man versteht darunter Früchte, die, obgleich sie nicht gezogen worden sind, doch hätten gezogen werden sollen; wann das der Fall sei, und welche rechtliche Folgen daraus entstehen, muß bei den einzelnen Rechtsverhältnissen gesagt werden.

* Zu §. 146 und 147 vgl.: Böcking I §. 69—71, Sintenis I §. 40, Wächter II §. 44, Unger I §. 46.

aber auch in einer anderen Weise geordnet sein, so, daß für die Sache nicht der Wille eines oder mehrerer bestimmten Individuen ausschließlich maßgebend ist, sondern daß sie dem Gebrauche und der Benützung Aller offen steht. Diese Ordnung des Verhältnisses hat ihren Grund theils in der natürlichen Beschaffenheit der Sachen, welche eine andere Art der Verwendung nicht zuläßt, theils in der den Sachen durch menschliche Willkür gegebenen Bestimmung. Es findet dabei aber noch der Unterschied statt, daß entweder nichts vorhanden ist, als die Rechtsregel, nach welcher Jedermann die Sache gebrauchen und benützen kann, oder daß hinter der durch diese Rechtsregel gewährten Gebrauchs- und Benützungsbefugniß ein Eigenthumsrecht steht, welches sich geltend macht, sobald jene wegfällt oder soweit sie nicht Platz greift. — Im Einzelnen gehören hierher folgende Sachen.

1) Die uns umgebende Luft. An ihr ist aus natürlichen Gründen eine irgend welche Privatberechtigung nicht möglich[1].

2) Aus natürlichen Gründen ist auch das Meer mit seinen Küsten dem Gebrauche Aller hingegeben[2]. Jedoch sind die im Meere und auf dessen Küsten gemachten Anlagen der Privatberechtigung nicht entzogen[3], und was die Küsten des Meeres angeht, so bilden dieselben immerhin einen Theil des Gebietes des betreffenden Staates, und daher ist für die Art und Weise ihrer Benützung die Gesetzgebung dieses Staates maßgebend[4].

3) In Betreff der auf dem festen Lande befindlichen Ge-

---

§. 146. [1] §. 1. 5 I. de R. D. 2. 1 (= l. 2 §. 1 D. de D. R. 1. 8).

[2] Die Küste reicht so weit, wie die höchste Fluth steigt, §. 3 I. de R. D. 2. 1, l. 96 pr. l. 112 D. de V. S. 50. 16.

[3] §. 1 I. cit., l. 4 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 5 §. 1 l. 6 pr. l. 10 D. eod., l. 14 pr. l. 30 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1.

[4] Dieß erstreckt sich sogar auf die Küstengewässer. Vgl. überhaupt Heffter europ. Völkerrecht (4. Aufl.) §. 73—76a. In den Quellen wird zwar die Meeresküste dem Meere selbst als res communis omnium gleichgestellt (§. 1. 5 I. citt.), und als absolut herrenlose Sache bezeichnet (l. 14 pr. D. de A. R. D. 41. 1). Aber andererseits heißt es doch, daß zu Anlagen auf der Meeresküste obrigkeitliche Erlaubniß erforderlich sei (l. 50 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 §. 1 D. ne quid in loco publ. 43. 8), und in l. 3 pr. eod. wird geradezu gesagt: „litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror“.

wässer[5] ist zu unterscheiden zwischen der fließenden Wasserwelle als solcher und der Gesammtheit des Gewässers. Jene ist nicht faßbar und daher kein denkbarer Gegenstand einer Privatberechtigung[6], während bei der Gesammtheit des Gewässers eine solche nicht unmöglich ist. Von der anderen Seite jedoch hat die Natur nicht alle Gewässer dazu bestimmt, der ausschließlichen Herrschaft Eines oder Einzelner unterworfen zu sein; die größeren Gewässer haben die natürliche Bestimmung, dem gemeinen Gebrauche zu dienen. Eine feste Grenze ist hier der Natur der Sache nach schwer zu ziehen, und das römische Recht hat dieß nicht versucht; indem es den Satz aufstellt, daß die Flüsse dem gemeinen Gebrauche unterworfen seien, nicht aber die Bäche[7], definirt es den Fluß als ein Gewässer, welches sich von dem Bache durch seine Größe oder durch die Auffassung der Umwohnenden unterscheide[8]. Es fügt aber

---

[5] Das „Wasserrecht" hat eine sehr umfangreiche Literatur. Vgl.: Gesterding Arch. f. civ. Pr. III. 5 (1822). C. Fr. Günther quaestionum de iure aquarum spec. I—V (1826—1830). Funke Arch. f. civ. Pr. XII. 15. 21 (1829). Hofmann Versuche in Bearbeitung des röm. Rechts Heft 2 (1831). Kori Arch. f. civ. Pr. XVIII. 2 (1835). Elvers Beiträge zum Wasserrecht, Themis N. F. I S. 413 fg., auch besonders abgedruckt (1841). Schwab Arch. f. civ. Pr. XXX Beilageheft (1847). Börner das. XXXVIII 7. 15 (1855). Endemann das ländliche Wasserrecht (kurhessisches Recht auf Grundlage des gemeinen, 1862). Heimbach Weiske's RLexic. XIV S. 86 fg. (1862). Hesse Jahrb. f. Dogm. VII. 5 (1865). S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts: Eichhorn §. 267. 268, Mittermaier I §. 222—223, Gerber §. 61. 63, Beseler §. 197, Bluntschli §. 75 fg. [A. Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt nach den Quellen des röm. Rechts. Zürich 1867.]

[6] In diesem Sinne wird in §. 1 I. cit. die aqua profluens neben Luft und Meer zu den res omnium communes gerechnet. Vgl. übrigens auch Hesse a. a. O. S. 204 fg.

[7] Von dem Bache muß dasselbe gelten, was l. 1 §. 4 D. de flum. 43 12 von dem flumen privatum (s. Note 9) sagt, daß er „nihil differt a ceteris locis privatis". L. 1 pr. §. 1 eod. Uebrigens ist dieß ein bestrittener Punkt. Vielfach wird behauptet, daß das römische Recht alle beständig fließenden Gewässer, die Bäche nicht ausgenommen, dem gemeinen Gebrauch unterwerfe. S. namentlich Börner a. a. O. S. 155 fg., Hesse a. a. O. S. 181 fg. Seuff. Arch. XIV. 201, XVIII. 7, XIX. 118, [XXI. 12]. Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V. S. 68. [Kappeler a. a. O. S. 43 fg.]

[8] L. 1 §. 1 D. de flumin. 43. 12. „Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium".

noch die Beschränkung hinzu, daß Flüsse, welche nicht beständig fließen, dem gemeinen Gebrauche nicht unterworfen seien[9]. — Der Gebrauch, welcher von den öffentlichen Gewässern gemacht werden darf, bestimmt sich näher durch die Vorschriften des betreffenden Staates[10]. Die Befugniß zur Erlassung derselben ist ein Ausfluß des Hoheitsrechts des Staates, und darf nicht etwa auf ein zu Grunde liegendes Eigenthumsrecht desselben zurückgeführt werden[11]. Dagegen kommt in Deutschland das s. g. Wasserregal des Staates, insofern durch dasselbe dem Staate ein vorzugsweises Recht auf gewisse Arten der Nützung der öffentlichen Gewässer gewährt wird, in Betracht[12]. Auch Privatper-

---

[9] L. 1 §. 3 eod. „Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit (über diesen Begriff §. 2 eod.) Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis". Daher heißt es in l. 4 §. 1 D. de D. R. 1. 8: „flumina p a e n e omnia publica sunt", welches paene freilich in dem entsprechenden §. 2 I. de. R. D. 2. 1 weggelassen ist. — Daß das heutige Recht noch weiter gehe, und auch alle nicht schiff- und flößbaren Flüsse aus der Reihe der öffentlichen Gewässer ausscheide, ist ein oft behaupteter, aber nicht nachgewiesener Satz. Man beruft sich hauptsächlich auf Sachsensp. II. 28 §. 4. „Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne". Aber abgesehen davon, daß hier sehr wahrscheinlich fließendes Wasser überhaupt im Gegensatz des stehenden gemeint ist (den Gegensatz bildet das „watere an wilder wage" des §. 1 eod., und wilde wage ist nach der Glosse — „het water, dat sic wegit na deme winde unde anders nicht"), ist nicht abzusehen, wie der Sachsenspiegel einen Satz des heutigen gemeinen Rechts darzuthun vermag. Vgl. noch Görlitzer Landr. Kap. 34 §. 1: „jegelich vlizinde wasser heizet des riches strasse". S. jedoch auch Beseler deutsch. Privatr. §. 197 Note 2 in der 2. Aufl. Ebensowenig kann ein das römische Recht abänderndes Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden. [Flußbett: Seuff. Arch. XXII. 212.]

[10] L. 17 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. de flum. 43. 12, l. 1 §. 42 D. de aq. quot. 43. 20. Es steht natürlich auch im Belieben des Staates, Fremde auszuschließen, oder nur mit Beschränkungen zuzulassen.

[11] Gegen die Annahme eines solchen Eigenthumsrechts sprechen die Sätze, daß die im Flusse entstandene Insel und daß das verlassene Flußbett den anstoßenden Grundeigenthümern gehören, §. 12. 23 I. de R. D. 2. 1.

[12] So ist das Recht der Fischerei in den öffentlichen Gewässern in vielen Staaten Deutschlands Regal. Beseler §. 197 Nr. VII, Gerber §. 94. Ueber das s. g. Mühlenregal vgl. Gerber §. 63 g. E. mit Beseler §. 197 Nr. VI. Man pflegt in dem Wasserregal aber auch Befugnisse des Staates zu befassen, welche lediglich Ausflüsse seines Hoheitsrechts sind. Vgl. Gerber a. a. O.

sonen können an öffentlichen Gewässern ein, den gemeinen Gebrauch nicht ausschließendes, vorzugsweises Nützungsrecht durch Privilegium oder unvordenkliche Verjährung erwerben[13]. So weit die Benützung der öffentlichen Gewässer dieß nöthig macht, können auch ihre Ufer von Jedermann benützt werden; im Uebrigen sind dieselben Gegenstand des Privateigenthums[14].

4) Sachen, welche durch menschliche Bestimmung dem gemeinen Gebrauch gewidmet sind, wie Straßen, Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Gebäude ꝛc. ꝛc.[15], hören dadurch nicht auf, im Eigenthum des betreffenden Staates oder der betreffenden Gemeinde zu stehen[16], und dieses Eigenthum tritt hervor, sobald die öffentliche Bestimmung der Sache wegfällt, und auch während

---

[13] Vgl. die in Note 10 citirten Stellen und l. 3 §. 4 D. de aq. quot. 43. 20. [Seuff. Arch. XX. 203, XXI. 193, XXII. 10. 117, XXIII. 110.]

[14] L. 5 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 15 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 D. de flum. 43. 12.

[15] Als „loca, quae publico usui destinata sunt", sind sie res publicae, wie die öffentlichen Flüsse. L. 2 §. 2—5 D. ne quid in loco publico 43. 8; über öffentliche Wege insbesondere s. l. 2 §. 22. 23. eod. — Mit dem Ausdruck res publicae werden aber auch solche Sachen bezeichnet, welche, ohne dem gemeinen Gebrauch unterworfen zu sein, sich von andern Sachen nur dadurch unterscheiden, daß ihr Eigenthümer nicht eine Privatperson, sondern der Staat oder eine Gemeinde ist. L. 2 §. 4 tit. cit., l. 6 pr. l. 72 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 17 D. de V. S. 50. 16. Im engeren und ursprünglichen Sinne sind übrigens nur die Sachen des populus Romanus res publicae. L. 15 D. de V. S. 50. 16. „Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt". Vgl. l. 16. 17 eod. Ueber die letztere Stelle vgl. Dernburg in der in Note 17 cit. Schrift S. 4 Anm.*

[16] In l. 6 §. 1 D. de R. D. 1. 8 heißt es von den Sachen, „quae in civitatibus sunt, theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum", sie seien „universitatis", in keinem anderen Sinn als wie dieß zugleich von dem „servus communis civitatis", gesagt wird, und daß die genannten Sachen den Römern als res publicae galten, wenn sie auch in jener Stelle als solche nicht bezeichnet werden, ist unzweifelhaft, §. 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 2 §. 3 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Ferner stützt §. 39 I. de R. D. 2. 1 die Entscheidung, daß der „in publico loco vel fiscali" gefundene Schatz zur Hälfte dem fiscus bez. der civitas gebühre, auf den Satz, daß der auf fremdem Grund und Boden gefundene Schatz zur Hälfte an den Eigenthümer falle; welches Argument dadurch nicht abgeschwächt wird, daß in l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 14 dem Fiscus als solchem ein Recht am Schatze zuerkannt wird.

ihrer Dauer, soweit sie nicht entgegensteht[17]. So lange die öffentliche Bestimmung der Sache dauert, entscheiden über ihre Benützung die von der competenten Behörde getroffenen Anord-

Andererseits sagt nun zwar l. 1 pr. D. de D. R. 1. 8 von den res publicae, daß sie „nullius in bonis esse creduntur", und man wird diesen Ausspruch mit Rücksicht darauf, daß die Stelle unmittelbar zuvor auch die res hereditariae als res nullius bezeichnet, nicht von einem Leugnen des Einzeleigenthums gegenüber dem Corporations- oder Staatseigenthum verstehen dürfen, sondern wird zugeben müssen, daß dadurch das Eigenthum an res publicae überhaupt negirt werden soll, so daß, wenn nun die Stelle hinzufügt: „ipsius enim universitatis esse creduntur", darunter eben nur der an diesen Sachen stattfindende Gemeingebrauch verstanden werden darf. Aber diese Ungenauigkeit der Auffassung erklärt sich leicht aus dem großen Umfang, in welchem bei den res publicae der Gemeingebrauch das Eigenthumsrecht verdeckt. Für die äußere Erscheinung freilich tritt das Eigenthum hinter dem Gemeingebrauch fast vollständig zurück. Vgl. Wächter II S. 285 fg., Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 293, ferner die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 272, Gerber §. 62, Beseler §. 76.

[17] S. §. 39 I. de R. D. 2. 1 (Note 16). — Nach einer anderen Auffassung sind wenigstens die öffentlichen Sachen des Staates dem Eigenthumsrechte ganz und vollständig entzogen; es wird behauptet, daß sie nur dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen seien. Nach dieser Ansicht fällt auch, was die öffentlichen Staatssachen noch an Privatnutzung gewähren, z. B. das an den Seiten der öffentlichen Wege wachsende Gras, dem Staate kraft seines Hoheitsrechts zu; sie muß ferner annehmen, daß, wenn die öffentliche Sache durch eine Bestimmung des Staates dem gemeinen Gebrauche entzogen wird, durch dieselbe zugleich für den Staat ein Eigenthumsrecht erzeugt werde; sie muß endlich auch den Gemeinden an ihren öffentlichen Sachen ein dem Hoheitsrechte des Staates durchaus entsprechendes öffentliches Recht zuschreiben. — Die hier bezeichnete Frage ist neuerdings mit Lebhaftigkeit verhandelt worden bei Gelegenheit eines Rechtsstreites zwischen den Cantonen Basel-Stadt und Basel-Land über das durch den Abbruch der Festungswerke der Stadt Basel gewonnene Terrain. In diesem Rechtsstreite haben Gutachten abgegeben: Keller (zwei), Jhering (ebenfalls zwei), Dernburg; Keller und Jhering gegen, Dernburg für die hier vertheidigte Ansicht. Das erste Gutachten Keller's ist gedruckt unter dem Titel: Rechtsgutachten die Festungswerke der Stadt Basel nach dem gegenwärtigem Rechtsverhältnisse betreffend. Langenthal, Buchdruckerei von Friedrich Herzig, 1861; das zweite Gutachten Keller's findet man in der Schrift (von J. Rüttimann): Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke ꝛc. Zürich, Druck von Orell, Füßli und Comp., 1860. Das erste Gutachten Jhering's ist gedruckt erschienen: Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1862; das Gutachten Dernburg's: Halle, C. E. M. Pfeffer, 1862. Erwiderung Jhering's: Basel, Bahnmaiers Buch-

nungen[18]; eine mit dem gemeinen Gebrauch verträgliche Bevorzugung Einzelner der Gesammtheit gegenüber ist auch hier nicht ausgeschlossen.

Die Handhabung der Ordnung in der Benützung der dem gemeinen Gebrauch hingegebenen Sachen erfolgt entweder auf polizeilichem Wege, oder dadurch, daß gegen den Verletzer ein Privatanspruch gewährt wird. Das Erste gehört nicht in das Privatrecht, von dem Zweiten wird des Näheren im Obligationenrecht die Rede sein[19].

§. 147*.

Die für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen sind durch diese ihre Bestimmung dem Verkehre entzogen, d. h. es können an ihnen nicht nach den für andere Sachen geltenden Grundsätzen Rechte erworben werden[1]. Rechtsgeschäfte auf Leistung einer solchen Sache sind Rechtsgeschäfte auf eine unmögliche Leistung, worüber das Nähere im Obligationenrecht vorgetragen werden wird. Insofern ihre Bestimmung für den gemeinen Ge-

---

druckerei (C. Schultze), 1862. — Ihering hat seine Ansicht neuerdings (1865) noch näher ausgeführt in seinem Geist des röm. Rechts III S. 334 fg. [Jahrb. f. Dogm. IX S. 129—132]. Er faßt das Recht des Bürgers zum Gebrauch der öffentlichen Sachen als eigenes Recht des Bürgers auf, nicht als auf Gestattung des Staats oder der Gemeinde beruhend. Für das römische Recht theilt diese Ansicht auch Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 206 —208; für das heutige findet er sie „etwas bedenklich". Dawider Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 131, [Wappäus (§. 147 Note *) S. 85 fg., Kappeler (Note 7) S. 4 fg.]

[18] Namentlich auch über die Zulassung von solchen Personen, welche dem betreffenden Staate und der betreffenden Gemeinde nicht angehören.

[19] S. II §. 467.

* Wappäus zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867.

[1] L. 34 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est". L. 6 pr. eod., §. 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1. In Betreff der Ersitzung s. §. 182. 183. — Andere sehen das Wesen der s. g. res extra commercium darin, daß an ihnen Eigenthum unmöglich sei. Dagegen beweisen die in Note 16 genannten §. 147.

brauch wegfallen kann, sind sie auch fähig, Verkehrsgegenstände zu werden.

Die Eigenschaft, dem Verkehr entzogen zu sein, ist aber keine ausschließliche Eigenschaft der für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen. Sie zeigt sich namentlich auch bei den für den Gottesdienst geweihten Sachen und den Begräbnißplätzen[2]. Wenn das römische Recht noch weiter ging, und diese Sachen, als aus dem Bereiche menschlichen Rechts ganz ausgeschieden, für unfähig erklärte, im Eigenthum zu stehen[3], so gilt das für das heutige Recht nicht mehr; nach heutigem Rechte stehen die geweihten Sachen im Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinde, möglicherweise auch im Privateigenthum[4], die Begräbnißplätze im Eigenthum der betreffenden Kirchen- oder politischen Gemeinde[5], oder auch im Privateigenthum. Auch andere Sachen können durch besondere factische Verhältnisse oder rechtliche Bestimmungen dem Verkehr entzogen, oder es kann doch der Verkehr an ihnen mehr

---

Stellen und die römische Formel der Interdiction des Verschwenders: „ob eam rem tibi ea re commercioque interdico“ (Paul. S. R. III. 4a §. 7). Vgl. auch die Definition bei Ulp. XIX. 5: „commercium est emendi vendendique invicem ius“. Aber freilich, was ein Privatmann nicht erwerben kann, das kann er auch nicht „habere vel possidere vel persequi“ (l. 34 §. 1 cit.).

[2] Die geweihten Sachen heißen res sacrae, ein Grundstück, in dem ein Todter beerdigt worden ist, heißt fundus religiosus.

[3] §. 7—9 I. de R. D. 2. 1, l. 6 §. 2 l. 9 D. de D. R. 1. 8. S. jedoch auch l. 3 C. ne rei dom. 7. 38, l. 21 C. de ss. eccl. 1. 2, l. 6 D. de sep. viol. 47. 12. Darüber, daß sie dem Verkehr entzogen sind, s. die in Note 1 genannten Stellen. Zu den res divini iuris zählt das römische Recht noch die res sanctae, d. h. die durch eine besondere Sanction gegen Verletzung geschützten Sachen (§. 10 I. de R. D. 2. 1, l. 6 §. 2 l. 8. 9 §. 3. 4 D. de D. R. 1. 8). Etwas Entsprechendes haben wir in unseren befriedeten Sachen, deren Begriff aber bloß für das Strafrecht Bedeutung hat.

[4] Z. B. Privatkapellen. — Schon Justinian gestattete Veräußerung der beweglichen res sacrae zum Zweck der Loskaufung von Gefangenen und der Deckung von Kirchenschulden, §. 8 I. de R. D. 2. 1, l. 2 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 120 c. 10.

[5] Walter Kirchenrecht §. 246. 262 (7. Aufl.), Richter Kirchenr. §. 287. 290. Seuff. Arch. VI. 140.

oder minder erschwert sein, worüber sich im Allgemeinen nichts Näheres sagen läßt[6].

Zweites Kapitel.

Der Besitz*.

I. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

A. Sachbesitz.

§. 148.

Eine Sache besitzen heißt, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben[1]. Diese thatsächliche Gewalt kann eine rechtlich gerechtfertigte sein, oder nicht; für den Begriff des Besitzes ist dieß

---

[6] In l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 2 wird der Begriff der res „cuius commercium non est“, auf die res litigiosa wegen des für dieselbe geltenden Veräußerungsverbotes, in l. 39 §. 10 D. de leg. I° 30 auf die zum patrimonium Caesaris gehörigen Sachen, weil ihre Veräußerung einen besonderen Befehl desselben voraussetze, ~~vollzogen.~~

* Dig. 41. 2 de acquirenda vel amittenda possessione. Cod. 7. 32 de acquirenda et retinenda possessione. — Das Hauptwerk über diesen Gegenstand, die Grundlage aller späteren Forschungen, ist das von Savigny: das Recht des Besitzes. 1. Aufl. 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl., herausgegeben von Rudorff mit einem Anhange, 1865. (Im Folgenden citirt Savigny schlechthin, die Seitenzahlen der 7. Aufl. in Klammern). Neuere Schriften sind: Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1838). Lenz das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (1860). (S. über diese Schrift die streng richtende Kritik von Esmarch krit. VJSchr. IV S. 190 fg.) Randa der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches (1865). (Darüber Arndts krit. VJSchr. VIII S. 373 fg.) Ohne Werth ist: v. Zielonacki der Besitz nach dem R. R. (1854). Dagegen ist noch zu beachten der von Puchta verfaßte Artik. Besitz in Weiske's Rechtslexicon II S. 41—73 (auch in Puchta's kl. civil. Schriften Nr. 26). — Kierulff S. 341 —400, Böcking I §. 123—126, Sintenis I §. 42—46. — [Büchel über die Natur des Besitzes. 1868. Ihering über den Grund des Besitzesschutzes. 1868. 2. Aufl. 1869. (Die erste Auflage auch in Jahrb. f. Dogm. IX. 1). Ueber beide Schriften R. Schmid krit. VJSchr. XII S. 65—85.]

[1] Die deutsche wie die römische Sprache bezeichnen dieses Verhältniß §. 148.

gleichgültig. Indem wir von Besitz reden, sehen wir von dem Rechte zu besitzen ab[2].

Der Besitz, obgleich kein Recht, hat rechtliche Folgen. In dieser Beziehung ist aber zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten des Besitzes. Es kommt auf den Zustand des Inneren des Besitzenden an. Der Besitzende kann nämlich möglicherweise den Willen haben, die Sache für sich zu besitzen; oder er kann die Sache für einen Anderen besitzen wollen, wie z. B. derjenige thut, dem eine Sache geliehen, dem sie vermiethet worden ist; oder es ist endlich auch möglich daß er gar keinen Willen in Betreff seines Besitzes hat, indem ihm alles Bewußtsein vom Besitze fehlt.

Der Besitz, bei welchen das Bewußtsein des Besitzens und somit aller Wille des Besitzers fehlt, hat rechtliche Folgen nicht; er ist ein dem Rechte gleichgültiges Factum[3].

Der Besitz, welcher durch den Willen des Besitzers festgehalten wird, mag dieser Wille auf ein Besitzen für sich oder auf ein Besitzen für einen Andern gerichtet sein, hat diejenige rechtliche Bedeutung, welche einem jeden thatsächlichen Zustande zukommt, der durch die Macht und den Willen einer Person besteht. Insofern nämlich dieser Zustand dem Rechte nicht entspricht, liegt in der Festhaltung desselben eine Rechtsverletzung, die einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung und gegebenen Falls

---

nach einer sehr concreten Auffassung. L. 1. pr. D. h. t. „Possessio appellata est . . . a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit . . .“. Vgl. J. Grimm das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung. Berlin 1850.

[2] „Nihil commune habet possessio cum proprietate“, l. 12 §. 1 D. h. t. „Separata esse debet possessio a proprietate“, l. 1 §. 2 D. uti poss. 43. 17. L. 2 eod., l. 3 §. 5 l. 52 pr. D. h. t. Es ist eine Unart der Sprache des Lebens, daß sie Besitz sagt, wo sie Eigenthum meint; den Anfänger dagegen ausdrücklich zu warnen, erscheint nicht überflüssig. Uebrigens ist auch der Sprache unserer Quellen diese Unart nicht ganz fremd. Possessio bezeichnet in ihnen auch, was wir Besitzung, possessor, was wir Grundbesitzer, Gutsbesitzer nennen, vgl. z. B. l. 78 D. de V. S. 50. 16, l. 15 D. qui satisd. 2. 8. Auf demselben Zuge beruht die Identificirung der Sache mit dem Eigenthumsrecht an der Sache, woraus die Unterscheidung zwischen res corporales und incorporales entstanden ist.

[3] Vgl. Bruns S. 466. 467, Rudorff Anhang Nr. 2.

ein Klagerecht begründet (§. 122). Von der anderen Seite gewährt das thatsächliche Bestehen eines Zustandes demjenigen, welcher ihn mit seinem Willen festhält, den Vortheil, daß er im Processe der Beklagte, somit frei vom Beweise ist, und daß er gegen die Klage des Gegners, wie Einreden überhaupt, so namentlich auch einredeweise solche Ansprüche geltend machen kann, durch deren Befriedigung die Durchführbarkeit des gegnerischen Anspruchs rechtlich bedingt ist (s. g. Retentionsrecht). Eigenmacht des Gegners darf er durch Selbstvertheidigung zurückweisen. Alles dieses gilt, wie für thatsächliche Zustände überhaupt, so auch für den Besitz[4].

Viel wichtiger sind die rechtlichen Folgen des Besitzes, welcher mit dem Willen verbunden ist, die Sache für sich zu haben, welcher die thatsächliche Verwirklichung des Willens ist, sich die Sache anzueignen. Dieser Besitz wird nämlich

1) gegen eigenmächtige Eingriffe rechtlich geschützt, durch Gewährung eines Anspruchs auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[5]. Der Wille, welcher in diesem Besitz sich zur thatsächlichen Geltung bringt, ist, ganz abgesehen von der Berechtigung seines Inhalts, als solcher gerade so viel werth, wie jeder andere Einzelwille, welcher die Sache sich unterwerfen möchte; will ein anderer Einzelwille sich ihm gegenüber durchsetzen, so mag derselbe die höhere Entscheidung der vom Staate geordneten Organe der Rechtsordnung anrufen; setzt er sich durch eigene Macht durch, so ist das, wie auch sein Inhalt berechtigt sein mag, an sich Unrecht, und muß daher wieder rückgängig gemacht werden[6].

---

[4] L. 9 D. de R. V. 6. 1, l. 3 §. 15 l. 4 l. 5 pr. §. 1 D. ad exh. 10. 4; §. 4 I. de interd. 4. 15, l. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6, l. 21 D. de prob. 22. 3; l. 1 C. unde vi 8. 4 (Savigny §. 3 Nr. 5). In Betreff der Freiheit des Besitzers von der Beweislast vgl. noch Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten (1864) S. 100 fg., und dazu Rudorff Anhang Nr. 9.

[5] Die processualische Form dieses Anspruchs im römischen Recht war (hauptsächlich) die des Interdictes; daher spricht man noch heutzutage von Interdictenschutz und Interdictenbesitz.

[6] Ueber den rechtsphilosophischen Grund des Schutzes des Besitzes gegen Eigenmacht ist viel gestritten worden, und wird noch gestritten. Nach der im Texte gegebenen Begründung beruht dieser Schutz auf dem gleichen Gedanken, auf welchem auch der Schutz gegen Injurie beruht. Jeder ist im Staate dem

2) Der bezeichnete Besitz führt unter gewissen Voraussetzungen, im Allgemeinen wenn er redlich und gerechtfertigt ist, durch seine

---

Andern gleich; Niemand soll sich über den Andern erheben. Dabei ist aber im Einzelnen noch eine doppelte Auffassung möglich. Man kann die Eigenmacht lediglich als Delict, d. h. als Verletzung der Rechtsordnung betrachten, oder zugleich als Verletzung eines subjectiven Rechts der Person, eines Rechts also dahin gerichtet, daß keine Eigenmacht gegen sie geübt werde. Ob die erste Auffassung zulässig sei, hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob es für die rechtsphilosophische Betrachtung eine Verletzung der Rechtsordnung ohne Verletzung eines subjectiven Rechts gibt, eine Frage, welche hier billig auf sich beruhen bleibt. Jedenfalls ist diese Auffassung nicht nöthig; wenn überhaupt als ein Grundprincip der Rechtsordnung anerkannt wird, daß die Person als solche der Person als solcher gleich ist, so ergibt sich daraus unmittelbar eine Machterweiterung der Person jeder anderen Person gegenüber des Inhaltes, daß diese Gleichheit nicht verletzt werde. Welches die Auffassung Savigny's sei, kann, obgleich er sich darüber nicht ganz klar ausgesprochen hat, kaum zweifelhaft sein. Zwar wenn er als Grund des Schutzes des Besitzes angibt (S. 40 [55. 56]), daß die Person sicher sein solle gegen Gewalt, so kann das in dem einen und in dem andern Sinne verstanden werden; aber zugleich hebt er hervor, daß nicht die publicistische, sondern die privatrechtliche Rücksicht die Grundlage des Besitzrechts bilde (S. 50 [63]), er nennt den Schutz des Besitzes einen Schutz der Persönlichkeit (S. 48 [62]), ja er spricht davon (S. 8 [30] vgl. S. 55 [67]), daß in dem Besitze ein anderes Recht mit verletzt werde. Jedenfalls aber nahm Gans, indem er bei der Behauptung Savigny's, der Besitz sei kein Recht — wovon sogleich — stehen blieb, an, Savigny lasse erst durch die Eigenmacht ein Recht des Verletzten entstehen, und erhob dagegen eine lebhafte, von seinen Anhängern fortgeführte Polemik (Gans System des röm. Civilrechts im Grundrisse [1827] S. 202 fg., ders. über die Grundlage des Besitzrechts, eine Duplik ꝛc. ꝛc. [1839], A. Köppe zur Lehre vom Besitz [1839], Darstellung der Lehre vom Besitz als Kritik des von Savigny'schen Buches [1840, Verfasser ungenannt]), von dem Satze ausgehend, daß das Unrecht kein Recht schaffen könne, vielmehr ohne ein vorausgehendes Recht nicht möglich sei, — in welcher Beziehung auf die vorher hervorgehobene Unterscheidung zwischen Criminalunrecht und Civilunrecht zu verweisen ist. Gans selbst formulirte den Grund des Schutzes des Besitzes dahin, daß „der Wille schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes (sei), und daß dieser besondere Wille nur dem höheren Allgemeinen zu weichen (habe)". Denselben Gedanken drückt Puchta (Rhein. Mus. III. 17, kl. civ. Schriften Nr. 15 [der erste Aufsatz das. Nr. 14], krit. Jahrb. f. deutsche RW. V S. 283 fg.) so aus: berechtigt sei der sich selbst, d. h. Anerkennung seiner Freiheit und Persönlichkeit wollende Wille. Bruns (§. 58) lehrt: der Wille ist seinem Wesen nach absolut frei, Zwang und Gewalt gegen ihn sind also schon an sich Unrecht; der Besitz wird, weil er factisches Dasein des Wil-

Fortsetzung zum Eigenthum; seine Dauer verwandelt die Thatsache in Recht[7].

3) Unter anderen Voraussetzungen gewährt der Besitz Eigenthum sofort. Dieß ist dann der Fall, wenn die in Besitz genommene Sache eine herrenlose war, oder der bisherige Eigenthümer Eigenthum und Besitz an derselben zu dem Ende aufgegeben hat, damit der neue Erwerber sie habe[8].

Bei dieser weitaus überwiegenden Wichtigkeit der rechtlichen Folgen, welche an den mit dem Aneignungswillen verbundenen Besitz geknüpft sind, ist es erklärlich, daß dieser Besitz in der Rechtssprache Besitz schlechthin genannt wird. So ergibt sich für den Ausdruck Besitz ein engerer juristischer Sinn[9].

---

lens ist, des allgemeinen Rechts des Willens wegen gegen Gewalt geschützt. Kierulff (S. 351) lehnt die Beantwortung der Frage, weßwegen „der offene eigenmächtige Widerstreit eines Subjects gegen den wirklichen Willen eines Andern" Delict sei, ausdrünlich ab. Rudorff (Zeitschr. f. gesch. RW. VII. 3) stellt den Gesichtspunkt der Selbsthülfe in den Vordergrund (der Verf. hat diese Ansicht jetzt aufgegeben, s. Anhang Nr. 18). Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 135 fg. 210 glaubt, der Schutz des Besitzes beruhe nicht auf Rechts- sondern auf Zweckmäßigkeitsgründen, er sei nicht Rechts- sondern Polizeischutz. Vgl. noch Savigny S. 46—58, Rudorff Anhang Nr 19, Randa §. 8. Ueber die besondere Ansicht von Lenz s. §. 150 Note 1. [Hierher gehört die bei * citirte Schrift von Ihering ihrem Hauptinhalt nach.]

[7] Durch Fortsetzung des Besitzes wird die Sache er-sessen, usu-capitur. — Die Publicianische Klage setzt nicht redlichen Besitz, sondern nur redlichen Erwerb voraus (§. 199).

[8] Savigny (S. 12 [33. 34]), welchem die Meisten folgen, will den Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition unter den Wirkungen des Besitzes nicht mit aufgezählt wissen, weil der Grund des Eigenthums hier nicht „der Besitz als eigener, dauernder Zustand" sei. Das ist gewiß richtig; aber deßwegen ist es doch nicht weniger der Besitz, welcher Eigenthum wirkt, freilich in Verbindung mit Anderem — aber das ist auch bei der Ersitzung der Fall. Ohne alle weitere Voraussetzung ist nur die zuerst genannte rechtliche Wirkung des Besitzes (zwar nicht das Recht auf Wiederaufhebung der gemachten Störung, denn dieses setzt eben die Störung voraus, aber doch das Recht auf Nichtstörung; dieß gegen Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 252 fg.), und so ist sie es vorzugsweise, welche den Besitz rechtlich charakterisirt.

[9] L. 18 pr. D. h. t.: — „nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium".

Der Ausdruck Besitz hat aber noch einen anderen, noch juristischeren Sinn. Es kann nämlich vorkommen, daß, obgleich in einem gegebenen Fall das thatsächliche Haben und der Aneignungswille wirklich vorhanden sind, dennoch wegen eines begleitenden Umstandes vom Rechte die an einen solchen Besitz an und für sich geknüpften rechtlichen Vortheile nicht gewährt werden. Dann wird im juristischen Sprachgebrauche nicht gesagt, es sei zwar Besitz vorhanden, aber ohne Besitzesvortheile, sondern geradezu, es sei kein Besitz vorhanden. In gleicher Weise wird aber auch, wenn, wie das ebenfalls vorkommt, in einem gegebenen Fall die Besitzesvortheile gewährt werden, ohne daß Besitz wirklich vorhanden ist, nicht gesagt, es fänden die Besitzesvortheile statt, aber ohne Besitz, sondern geradezu, es sei Besitz vorhanden[10]. So ergibt sich als letzter Sinn des Ausdrucks Besitz folgender: ein Verhältniß zur Sache, welches vom Rechte als Verwirklichung des Aneignungswillens behandelt wird[11].

Zur Auseinanderhaltung dieser verschiedenen Bedeutungen des Wortes Besitz werden folgende Bezeichnungen gebraucht werden. Für den Besitz in den beiden zuletzt erörterten Sinnen: juristischer Besitz; für den Besitz, welcher als solcher behandelt wird, ohne es zu sein: bloß juristischer Besitz; für den Besitz, welcher es ist, ohne als solcher behandelt zu werden: wirklicher, aber nicht juristischer Besitz. Das thatsächliche Haben ohne den Aneignungswillen wird natürlicher Besitz genannt; eine andere Be-

---

[10] Es kann auch vorkommen, daß bei vorhandenem Besitze die Besitzesvortheile nur theilweise abgesprochen, daß sie bei nicht vorhandenem nur theilweise gewährt werden. Dann wird gesagt, der Besitz sei in dieser oder jener Beziehung nicht vorhanden oder vorhanden. Vgl. l. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3.

[11] Die rechtliche Beimischung des Begriffs des Besitzes wird in den Quellen sehr bestimmt anerkannt. Wenn es auf der einen Seite heißt, der Besitz sei eine „res facti", „plurimum facti habet", und daraus die Unanwendbarkeit von Bestimmungen hergeleitet wird, welche bloß das Rechtliche zum Gegenstand haben (l. 1 §. 3. 4 D. h. t., l. 19 D. ex quib. caus. mai. 4. 6), so wird auf der anderen Seite gesagt: „non tantum corporis sed et iuris est", „plurimum ex iure mutuatur", und es wird damit umgekehrt die Anwendbarkeit solcher Bestimmungen gerechtfertigt (l. 49 pr. §. 1 D. h. t.). Daß auch l. 10 C. h. t. hierher zu beziehen sei, ist wenig wahrscheinlich. Vgl. Savigny S. 154. 210 [141. 193], Böcking §. 126 Note 1.

zeichnung für dasselbe ist Innehabung, Detention. Der Ausdruck Besitz ist gleichbedeutend mit: juristischer Besitz[12].

§. 149.

Als Elemente des juristischen Besitzes sind angegeben worden: 1) die thatsächliche Gewalt über die Sache; 2) der Wille, die

---

[12] Ueber die Ausdrucksweise der Quellen bemerke man Folgendes. 1) Das thatsächliche Haben ohne den Aneignungswillen wird naturalis possessio genannt; andere Ausdrücke dafür sind: esse in possessione, tenere, naturaliter tenere. L. 3 §. 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 3 §. 15 l. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 2 §. 1 D. pro her. 41. 5, l. 10 §. 1 l. 49 pr. D. h. t., l. 9 D. de R. V. 6. 1. Im Gegensatz hierzu heißt das thatsächliche Haben mit dem Aneignungswillen civilis possessio oder possessio schlechthin; s. die citirten Stellen. Wird es aber als solches vom Rechte nicht anerkannt, so wird auch possessio oder civilis possessio geleugnet, und das Verhältniß wieder als naturalis possessio, naturaliter tenere, corporaliter tenere bezeichnet. L. 7 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 38 §. 7. 8 D. de V. O. 45. 1, l. 24. 49 §. 1 D. h. t., l. 2 §. 2 D. pro her. 41. 5. Umgekehrt, wenn ein solches Verhältniß vom Rechte angenommen wird, ohne daß es wirklich vorhanden ist, so wird gesagt, es sei possessio vorhanden; der Ausdruck civilis possessio kommt hier (zufälliger Weise) nicht vor. L. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3. 2) Die Ausdrücke civilis und naturalis possessio werden aber auch zur Bezeichnung eines andern Gegensatzes gebraucht, nämlich zur Bezeichnung des vom Rechte gebilligten und nicht gebilligten Besitzes; in diesem Sinne wird dem beschenkten Ehegatten civilis possessio abgesprochen und nur naturalis possessio zugesprochen. L. 1 §. 9. 10 D. de vi 43. 16, l. 26 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 2 i. f. D. pro don. 41. 6. 3) Die Grundlage dieses zwiefachen Sinnes der Ausdrücke naturalis und civilis possessio ist die gleiche; sie bezeichnen in beiden Fällen den Gegensatz zwischen dem Besitz nach der natürlichen und dem Besitz nach der juristischen Auffassung, nur daß dieser Gegensatz in beiden Fällen in einer verschiedenen Wendung auftritt, das eine Mal auf die juristische Anerkennung, das andere Mal auf die juristische Billigung bezogen ist; hier kommt nur die erstere Auffassung in Betracht. 4) Die Ausdrücke naturalis und civilis bezeichnen den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, zwischen dem, was nach der natürlichen, und dem, was nach der juristischen Auffassung das ist, was das Wort bedeutet, nicht bloß an dieser Stelle; vgl. z. B. naturales liberi, naturalis — civilis cognatio (I §. 56[a]), naturalis — civilis obligatio (II §. 287), naturalis — civilis solutio (l. 107 D. de solut. 46. 3), „bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est", l. 49 pr. D. de V. S. 50. 16, civilis computatio (I §. 103 Note 6), naturale pignus (l. 2 C. de postl. 8. 51), naturalis interruptio (l. 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. das „usurpare ex iure civili" bei

Sache für sich zu haben, der Aneignungswille. Diese Elemente müssen jetzt noch näher bestimmt werden.

Unter thatsächlicher Gewalt über die Sache ist zu verstehen die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, wobei aber sogleich hier zu bemerken ist, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache auch durch Vermittelung eines

---

Cic. de orat. III. 28), „factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem" (l. 41 de pec. 15. 1). 5) Es ist aber festzuhalten, daß der Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen nicht nothwendigerweise ein fester ist, daß je nach der Verschiedenheit des angelegten Maßstabes von einem und demselben Ding das Prädicat des Natürlichen und des Juristischen sehr wohl gelten kann und nicht gelten kann. So ist das Haben mit dem Aneignungswillen Besitz nach der juristischen Auffassung gegenüber dem Haben ohne diesen Willen, welches letztere Haben nur von der natürlichen Auffassung Besitz genannt wird; wird aber in einem gegebenen Fall das Haben mit dem Aneignungswillen als solches vom Recht nicht anerkannt, wie z. B. das Haben des Rechtsunfähigen, das Haben eines Theils im Ganzen, welcher für das Recht gar keine selbständige Existenz hat, so ist es auch wieder kein Haben für die juristische, sondern nur für die natürliche Auffassung. Der Pfandgläubiger ist bloß Besitzer nach der natürlichen Auffassung, insofern er nicht den Willen hat, für sich zu haben (l. 3 §. 15 l. 5 pr. D. ad exh. 10. 4), Besitzer nach der juristischen Auffassung aber, insofern er geschützt wird wie derjenige, welcher mit diesem Willen besitzt (l. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3; es ist nur Zufall, daß der Pfandgläubiger nicht auch civilis possessor genannt wird, wo dann die scheinbare Verwirrung noch größer sein würde). Hinzufügen läßt sich noch eine nach dieser Seite nicht beachtete Stelle, l. 3 §. 13 D. h. t.; hier wird das Besitzen mit unmittelbarer körperlicher Berührung naturalis possessio genannt gegenüber dem sub custodia habere; die Meinung ist, daß es doch schon eine juristischere Auffassung sei, wenn auch das Letztere possessio genannt werde. — Die hier vorgetragene Ansicht über den Sinn von civilis und naturalis possessio ist nicht die herrschende. Als herrschende kann immer noch die von Savigny (Besitz §. 7) entwickelte angesehen werden, obgleich in der neueren Zeit gewichtige Gegner gegen dieselbe aufgetreten sind. Nach Savigny bezeichnet civilis possessio den mit den Ersitzungserfordernissen ausgestatteten Besitz, naturalis possessio aber: 1) den mit diesen Erfordernissen nicht ausgestatteten, 2) den durch Interdicte nicht geschützten Besitz; civiliter non possidere soll ebenfalls einen doppelten Sinn haben, sowohl bezeichnen, daß kein Ersitzungsbesitz, als daß aus juristischen Gründen kein Besitz stattfinde. Von Anderen ist dieser Savigny'schen Meinung gegenüber eine ältere vertheidigt worden, wornach civilis possessio einfach den gegen Eigenmacht geschützten, naturalis possessio den gegen Eigenmacht nicht geschützten Besitz bezeichnet. Ueber die Unhaltbarkeit der

Andern gehabt werden kann[1]. Eben so ist unter dem Aneignungswillen der Wille zu verstehen, die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen sich anzueignen. Wer die Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, thatsächlich in der Gewalt hat oder sich aneignen will, ist juristischer Besitzer nicht[2]. Dagegen thut es dem juristischen Besitz keinen Eintrag, daß die thatsächliche Gewalt oder der Aneignungswille in einer einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen fehlt[3]; die Gesammtheit der Beziehungen der Sache ist etwas Anderes, als die Summe ihrer Beziehungen, und wird durch die Heraus-

---

einen und der anderen Auffassung s. namentlich Vangerow I §. 199 Anm., vgl. auch Bruns §. 7, Brinz §. 29. Diese Schriftsteller (vgl. auch Arndts §. 136 Anm. 2 in der 5. Aufl.) vertheidigen nach dem Vorgange von Burchardi Arch. f. civ. Pr. XX. 3 eine mittlere Meinung, welche im Wesentlichen mit der hier entwickelten übereinstimmt. Vgl. außerdem noch Savigny §. 10 und S. LI—LXVII [158—170], Bruns S. 106 fg. 253 fg. 369 fg. 388, Kierulff S. 343 fg., Pfeiffer was ist und gilt im römischen Recht der Besitz? (1840) S. 4 fg., Sintenis I §. 42 Noten 23 und 24, Rudorff Anhang Nr 20—28. 40.

[1] Wenn Jemand die Kräfte, durch welche er eine Sache thatsächlich be- §. 149.
herrscht, mir in der Weise zur Verfügung stellt, daß für dieselben mein Wille entscheidend sein soll, so habe ich die thatsächliche Gewalt über die Sache in der nämlichen Weise, als wenn ich die Sache mit meinen eigenen Kräften beherrschte. L. 18 pr. D. h. t.: „possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium". Das Nähere in der Lehre vom Erwerbe des Besitzes.

[2] Juristischer Besitzer ist also z. B. nicht der Nießbraucher, obgleich derselbe, was den Gebrauch und Genuß der Sache angeht, die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht nur hat, sondern auch für sich haben will. — Daß der juristische Besitz dem Pächter fehlt, hat noch einen andern Zusammenhang. Der Pächter will nicht etwa die Sache nur in einzelnen ihrer Beziehungen sich aneignen, er will sie gar nicht sich aneignen. Sein Wille ist nicht auf die Unterwerfung der Sache gerichtet, sondern auf die Unterwerfung des Willens des Verpächters. In gleicher Weise verhält es sich mit Allen, welche nur kraft eines obligatorischen Rechts besitzen.

[3] So wenig wie der Nießbraucher selbst juristischer Besitzer ist, so wenig schließt er den Besitz des Eigenthümers aus, obgleich er in wesentlichen Beziehungen die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht für diesen, sondern für sich haben will, und wenngleich der Eigenthümer diesen seinen Willen anerkennt.

nahme einer einzelnen Beziehung oder mehrerer einzelner Beziehungen nicht berührt[4]. — Da unter den Rechten das Eigenthumsrecht das Recht ist, die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben, so kann man die zum juristischen Besitze erforderliche thatsächliche Gewalt und den zu demselben erforderlichen Willen auch bezeichnen als diejenige thatsächliche Gewalt und denjenigen Willen, wie sie der Eigenthümer haben darf[5].

---

[4] Aus demselben Grunde wird das Eigenthum durch ein an der Sache stattfindendes partielles Recht nicht ausgeschlossen. S. das im Texte unmittelbar Folgende.

[5] Der Besitz ist das thatsächliche Abbild des Eigenthums; derselbe Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt das Eigenthum ausmacht, macht, indem er sich thatsächlich zur Geltung bringt, den Besitz aus. Deßwegen darf man aber den Besitz nicht, wie man gethan hat, die Ausübung des Eigenthums nennen; die Ausübung des Eigenthums ist er gewiß nicht, weil das Eigenthum noch in ganz anderer Weise ausgeübt werden kann, als durch Besitz, z. B. durch Zerstörung der Sache. Ob man den Besitz eine Ausübung des Eigenthums nennen darf, hängt davon ab, was man sich unter Ausübung eines Rechts denkt. Versteht man darunter die thatsächliche Geltendmachung des das Recht charakterisirenden Willensinhaltes (§. 122), so ist der Besitz gewiß eine Ausübung des Eigenthums; versteht man darunter die Geltendmachung jenes Willensinhaltes als eines rechtlich anerkannten, so ist er es ebenso gewiß nicht. Der Dieb z. B., der doch unzweifelhaft juristischen Besitz hat, will ebensowenig Eigenthümer (Eigenthumsberechtigter) sein, als er glaubt, Eigenthümer zu sein. Was die Auffassung der Quellen angeht, so nennen dieselben zwar den Besitz eine Ausübung des Eigenthumes nicht; es ist jedoch zu bemerken, daß sie den Rechtsbesitz (§. 151) als Ausübung des Rechts allerdings bezeichnen (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 7 D. de itinere 43. 19). Vgl. auch §. 152 Note 12 a. E. — Gewöhnlich wird der zum juristischen Besitz erforderliche Wille nicht, wie hier geschehen ist, als Wille, wie ihn der Eigenthümer haben darf, sondern als Wille, wie ihn der Eigenthümer hat, bezeichnet. Genau ist das nicht, da das Eigenthumsrecht, wie jedes andere Recht, von dem realen Wollen unabhängig ist. Es ist auch nicht ungefährlich, da dadurch der zuvor bezeichnete Irrthum nahe gelegt wird, als müsse der Besitzer, wenn sich auch kein Recht zuschreiben, doch wie der Eigenthümer ein Recht in Anspruch nehmen. Die Quellen sprechen sich über die Natur des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens nicht näher aus, sie sagen einfach: der Wille (animus, affectus) müsse auf juristischen Besitz (possidere) gerichtet sein. Nach Vorgang des in griechischen Quellen (Theoph. II §. 4. III. 29 §. 2, Basil. 50. 2. 7, Harmen. 2. 1 §. 4) vorkommenden Ausdrucks ψυχὴ δεσπόζοντος sagt man heutzutage: animus domini. Diejenigen, welche

Daß es Fälle gibt, in welchen einer Person Besitz zugeschrieben wird, deren Wille von der hier bezeichneten Art nicht ist[6], thut nach dem im §. 148 Bemerkten der Richtigkeit der aufgestellten Begriffsbestimmung keinen Eintrag; es sind dieß Ausnahmen, in welchen aus juristischen Gründen als vorhanden angenommen wird, was in der That nicht vorhanden ist[7].

---

nicht zugeben, daß der Besitzeswille als Wille, Eigenthum auszuüben, gefaßt werden dürfe, übersetzen den griechischen Ausdruck mit animus dominantis oder animus dominandi. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der hier gebrauchte Ausdruck Aneignungswillen. Vgl. Bruns S. 469. 474.

[6] Man pflegt diese Fälle unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zusammenzufassen. Ihre vollständige Aufzählung gehört in die Lehre vom Erwerbe des Besitzes; als Beispiele mögen einstweilen dienen der Besitz des Pfandgläubigers und desjenigen, welcher eine Sache precario empfangen hat.

[7] Indem man die anomale Natur dieser Fälle verkannte, hat man sich Mühe gegeben, entweder den zum juristischen Besitz erforderlichen Willen in einer Weise zu bestimmen, daß derselbe sich auch in diesen Fällen als vorhanden ergebe (Guyet Abhandlungen Nr. 6 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 16, Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XIII. 9, Kierulff S. 353 fg., Pfeifer in der in §. 148 Note 12 a. E. angeführten Schrift S. 63 fg., G. E. Schmidt das Commodatum und Precarium S. 21 fg. und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 4, Böcking I S. 449—450, Lenz S. 101—116, Dernburg Pfandrecht II S. 62 fg.), oder nachzuweisen, daß in diesen Fällen der animus domini gar nicht fehle (v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 7, vgl. Bartels das. VI. 4). Diese Versuche sind aber sämmtlich mißlungen (vgl. Savigny S. 145—150 [134—137] und Rudorff Anhang Nr. 39. 86). Das Richtige ist einfach, daß hier kraft positiver Rechtsbestimmung (aus verschiedenen Gründen, vgl. §. 154) ein Besitzesvortheil gewährt wird auch ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß; wird dieß nun so ausgedrückt, es sei auch in diesen Fällen Besitz vorhanden, so heißt das, jenes Erforderniß werde als vorhanden angenommen, obgleich es nicht vorhanden ist. In anderer Weise hat Savigny §. 9 die Sache zu vermitteln gesucht; indem er hier unter possessio Besitzesrecht versteht, nimmt er eine Uebertragung des dem Verpfänder ꝛc. eigentlich zustehenden Besitzesrechts auf den körperlichen Inhaber an; woher auch der Ausdruck abgeleiteter Besitz. Dieser Auffassung, welche auch jetzt noch als die herrschende bezeichnet werden kann (dafür namentlich Puchta §. 125, Bruns §. 2, Vangerow §. 200 Anm. 1, Arndts §. 135, Brinz S. 64—66 [dieser letztere aber mit der Modification, daß er eine eigentliche Succession in den Besitz annimmt, was Savigny leugnet], Rudorff a. a. O. Nr. 89 — dawider außer den oben Genannten Roßhirt Arch. f. civ. Pr. VIII S. 9—11, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 7. 12 und System §. 42 Note 13, vgl. Savigny S. 144. 150. [133. 138]), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen.

§. 150.

Nach dem bisher Ausgeführten ist es kaum noch nöthig, die viel besprochene Frage ausdrücklich zu beantworten, ob der Besitz ein Recht sei, oder nicht. Der Besitz ist sowenig ein Recht, daß er gar nicht definirt werden kann, ohne daß er als Thatsache dem Rechte entgegengesetzt wird[1]. Aber es ist ein Rechtsverhält-

---

§. 150. [1] Daß der Besitz kein Recht sei, hätte nie bestritten werden sollen. Recht ist (von der Rechtsordnung verliehenes) Wollendürfen; nun aber ist der Besitz kein Wollendürfen, sondern (realisirtes) Wollen. Die Rechtsordnung erkennt als berechtigt nicht das Wollen, die Sache für sich zu haben, an, sondern das Wollen, daß das erstere Wollen nicht durch Eigenmacht überwunden werde, und dieses Wollen ist nicht der Besitz. Wenn nichtsdestoweniger Gans und die ihm Folgenden (§. 148 Note 6) den Besitz für ein Recht erklärten, und zwar näher für „anfangendes Eigenthum", so lag dem die Hegel'sche Idee von der Relativität alles Rechts zu Grunde; der Sache gegenüber, war die Meinung, sei die Beherrschung als solche Recht, aber sie weiche der von dem allgemeinen Willen anerkannten Beherrschung, dem Eigenthume, wie dieses dem Vertrage weiche u. s. w. Neuerdings hat nun Lenz in dem oben angeführten Werke den Satz aufgestellt, der Besitz sei nicht bloß überhaupt ein Recht, sondern das „einzige Recht auf die Sache". Die Argumentation des Verfassers ist: Wollen ist Recht, denn „das wollende Ich, als sich verwirklichender Geist, kann seiner Natur nach nur das wollen, was vernünftig ist" (S. 30). Sollte Jemand das leugnen, und zum Ueberfluß sich darauf berufen, daß der Verf. selbst die Möglichkeit eines unrechtmäßigen Wollens zugebe (indem er zwischen dem „Begriffsmäßigen" und dem Wirklichen unterscheidet, S. 31. 37), so würde er sich von dem Verf. sagen lassen müssen, daß gegen diesen „Standpunkt" „ein wirklicher Kampf eine wahre Unmöglichkeit" sei (S. 32). Es wird bei dieser Unmöglichkeit sein Bewenden behalten müssen. — Huschke (kr. Jahrb. f. deutsche RW. V S. 303) lehrt: der Besitz sei kein „eigentliches Recht", noch viel weniger aber „reines Factum", sondern er entlehne so viel vom Rechte, „als er in seiner Sphäre, mithin ohne selbst a potiori ein Recht zu werden, tragen kann". — In der jüngsten Zeit ist der Charakter des Rechts für den Besitz wieder mit Lebhaftigkeit in Anspruch genommen worden von Ihering Geist des röm. Rechts III S. 39 fg., auf Grund seiner eigenthümlichen (oben §. 37 Note 2 bezeichneten) Auffassung des Begriffs des (subjectiven) Rechts. Ihering erklärt den Besitz für ein Recht (und zwar für ein Recht an der Sache), weil er ein rechtlich geschütztes Interesse sei. Aber selbst wenn man Ihering's Auffassung des Begriffs des Rechts im Uebrigen vollständig acceptiren wollte, so dürfte er doch seinerseits nicht bestreiten, daß das Recht nicht rechtlich geschütztes Interesse ist — Interesse ist die Thatsache der Werthschätzung —, sondern daß man ein Recht dadurch hat, daß die Rechtsordnung das Bestehen des Werthgeschätzten gebietet. Und das Recht gebietet

niß, und dieß in einem doppelten Sinn. Einmal deßwegen, weil an ihn wichtige rechtliche Folgen angeknüpft sind; sodann deßwegen, weil er aus juristischen Gründen als vorhanden oder nicht vorhanden in Widerspruch mit der Wirklichkeit angenommen wird[2]. Nur indem man, wie das zwar ungenau ist, aber allerdings von den Quellen geschieht, die an den Besitz angeknüpften rechtlichen Vortheile als ein für sich bestehendes Recht auffaßt[3], gelangt man zu einem Besitzesrecht (welches natürlich mit dem Rechte zu besitzen nichts gemein hat); aber immer noch nicht zu einem Rechte, welches der Besitz ist[4]. —

Die Stelle des Besitzes im Systeme des Rechts bestimmt sich dadurch, daß er ein Rechtsverhältniß zur Sache ist. Er ist das unmittelbarste und einfachste Rechtsverhältniß zur Sache; deßwegen wird er an die Spitze des Sachenrechts gestellt[5].

---

nicht das Bestehen des Besitzes, sondern daß in den Bestand des Besitzes in gewisser Weise nicht eingegriffen werde. — Ueber Savigny's Satz, daß der Besitz Recht und Factum zugleich sei, s. die folgende Note. — [Büchel in der §. 148 bei * citirten Schrift. Schmid an der das. citirten Stelle S. 80 fg. Goudsmit Büchel's über die Natur des Besitzes. Uebersetzt von Sutro. Utrecht 1868.]

[2] Diese beiden Punkte hat Savigny im Auge, wenn er lehrt (§. 5), der Besitz sei Recht und Factum zugleich. Aber eine Thatsache wird doch dadurch nicht zum Rechte, daß sie rechtliche Folgen hat. Was den zweiten Punkt angeht, s. Note 4 a. E. Vgl. auch Randa §. 3 Anm. 7.

[3] Von einem ius possessionis in diesem Sinne ist die Rede in l. 44 pr. D. h. t., l. 2 §. 38 D. ne quid in loco publ. 43. 8, l. 5 §. 1 D. ad leg. Iul. de vi publ. 48. 6. In der zweiten Stelle wird der Ausdruck auf den natürlichen Besitz angewendet (*vv.* vel conductionis). In l. 10 C. h. t. ist ius possessionis = ius possidendi, auch wohl in l. 5 C. de lib. causa 7. 16.

[4] Der einzige Weg, um wenigstens für einen bestimmten Fall zu einem Rechte, welches der Besitz ist, zu gelangen, ist der, daß man da, wo das Recht Besitz anerkennt, ohne daß er wirklich vorhanden ist, unter Besitz nicht ein vom Rechte als vorhanden angenommenes Verhältniß, sondern geradezu die Besitzesvortheile versteht. Thut man dieß — was nahe liegt, aber in den Quellen keinen Anhalt hat — so hat man einen Besitz, welcher das Recht ist, Schutz gegen Eigenmacht zu verlangen. (Bei Ersitzung, Tradition und Occupation besteht der Besitzesvortheil nicht in einem Rechte, sondern in der Möglichkeit eines Rechtserwerbes).

[5] Glaubt man das System streng nach den Rechten durchführen zu müssen, ohne daß den Rechtsverhältnissen Einfluß auf dasselbe gestattet werden dürfte, so bleibt nichts übrig, als, da die Rechte, zu welchen der Besitz führt, ver-

B. Rechtsbesitz.

§. 151.

Wenn vorher der Satz aufgestellt worden ist, daß zum juristischen Besitz die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen und der Wille, sich die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen anzueignen, erforderlich sei, so hat damit nicht gesagt sein sollen, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache in einer einzelnen Beziehung, verbunden mit dem Willen, sich die Sache in dieser Beziehung anzueignen (sich diese Beziehung der Sache anzueignen) ohne rechtliche Bedeutung sei. Vielmehr kann ein solches Verhältniß sehr wohl die gleiche rechtliche Bedeutung haben, wie der Besitz der Sache, und hat sie sogar regelmäßig, so daß es also gegen eigenmächtige Störung geschützt wird, und unter gewissen Voraussetzungen die Grundlage für den Erwerb des Rechts bildet. Ja selbst der Ausdruck Besitz ist auf dieses Verhältniß erstreckt worden; nur spricht man in diesem Falle nicht von einem Besitz der Sache und nicht von einem eigentlichen Besitz, sondern von einem uneigentlichen und Rechtsbesitz[1].

Was vorher über die rechtliche Natur des Sachbesitzes bemerkt worden ist, gilt auch für den Rechtsbesitz. In der That

---

schiedenen Lehren angehören, von demselben im allgemeinen Theil zu handeln, wie das auch Manche (vgl. namentlich Böcking I S. 448) thun. Puchta, indem er bloß auf den Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht Rücksicht nimmt, stellt ihn unter seine „Rechte an der eigenen Person" (vgl. §. 39 Note 1, §. 148 Note 6). Aber es ist in der That nicht abzusehen, wie, um mit Puchta zu reden, das Recht, den eigenen Willen als freien, d. h. eben als durch Eigenmacht nicht zu verletzenden, wollen zu dürfen, ein Recht an der eigenen Person genannt werden kann: in diesem Recht wird keine Macht über die eigene Person, sondern eine Macht über fremde Personen gewährt. Vgl. noch Randa §. 3 Anm. 17.

§. 151. [1] Die Quellen sagen: quasi possessio, iuris possessio, iuris quasi possessio. Pr. I. de interd. 4. 15 (Gai. IV. 139), l. 10 pr. D. si serv. 8. 5, l. 2 §. 3 D. de prec. 43. 26, l. 2 D. comm. serv. 8. 4, l. 7 D. de itin. 43. 19, l. 23 §. 2 D. ex quib. caus. mai. 4. 6. In anderen Stellen wird die Möglichkeit einer possessio an unkörperlichen Sachen ganz geleugnet, l. 3 pr. D. h. t., l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3, l. 1 §. 8 D. quod. leg. 43. 3, l. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2.

sind der Rechts- und der Sachbesitz nur Erscheinungen eines und desselben höheren Begriffes: thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache[2]. Für den Lehrvortrag empfiehlt es sich aber aus Zweckmäßigkeitsgründen, diesen höheren Begriff der Darstellung nicht zu Grunde zu legen, sondern von beiden Arten des Besitzes getrennt zu handeln[3]. Demgemäß beziehen sich die folgenden §§. 152—162 nur auf den Sachbesitz, von dem Rechtsbesitz handeln die §§. 163 und 164. Der Sachbesitz als eigentlicher Besitz wird Besitz schlechthin genannt werden[4].

II. Möglichkeit des Besitzes*.

§. 152.

Der Besitz ist nicht für alle Personen möglich; er ist nicht an allen Gegenständen möglich; es ist nicht ein mehrfacher Besitz an einundderselben Sache möglich.

---

[2] Vgl. namentlich Bruns S. 475—479. Savigny §. 12, Randa §. 2. Die Beschränkung, in welcher der Rechtsbesitz die Sache erfaßt, wird durch die Bezugnahme auf das entsprechende Recht bezeichnet, weil eine andere gleich kurze Bezeichnung sich nicht darbietet. Dieselbe Auffassung auf den Sachbesitz erstreckt würde denselben als Eigenthumsbesitz erscheinen lassen; aber bei dem Sachbesitz ist die Bezugnahme auf das Recht deßwegen nicht nöthig, weil der Ausdruck „eine Sache" besitzen von selbst auf die unbeschränkte Herrschaft über die Sache geht.

[3] Die Darstellung würde durch die Zusammenfassung beider Arten des Besitzes schwerfällig werden und an Verständlichkeit einbüßen. Es kommt hinzu, daß der Rechtsbesitz entschieden eine spätere Bildung des römischen Rechts ist, gleichsam nur als Anhang zu dem Sachbesitz hinzugefügt worden ist.

[4] Man kann noch weiter gehn und fragen, ob nicht auch der thatsächlichen Realisirung eines Willens, welcher irgend einen andern Inhalt hat, als die Beherrschung einer Sache, eine entsprechende rechtliche Bedeutung zukomme? Auch diese Frage ist, zwar nicht vom römischen, aber doch vom heutigen Rechte, jedenfalls theilweise bejaht worden, und es ist sogar der Ausdruck Besitz auch auf diese Fälle erstreckt worden. Da aber in ihnen der Besitz nicht mehr ein Verhältniß zur Sache ist, so kann von ihnen an dieser Stelle nicht gehandelt werden. S. II §. 464.

[* Vgl. Ihering in der bei 148 Note * cit. Schrift S. 143 fg. der zweiten Auflage. Jahrb. f. Dogm. S. 122 fg].

1) Der Besitz ist nicht möglich für solche Personen, welche der Vermögensfähigkeit entbehren; wenn sie auch wirkliche Besitzer sein können, so werden sie doch vom Rechte als Besitzer nicht anerkannt[1]. Dagegen ist der Besitz nicht unmöglich für solche Personen, welche der physischen Willensfähigkeit entbehren, wie Kinder, Wahnsinnige, juristische Personen; wenn sie gleich nicht wirkliche Besitzer sein können, werden sie doch vom Rechte als Besitzer anerkannt[2].

2) Der Besitz ist nicht möglich aus natürlichen Gründen an unkörperlichen Gegenständen[3], aus juristischen an Sachen, welche dem Kreise der Privatberechtigung ganz entzogen sind[4], und an solchen Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind; diese letzteren haben für die juristische Betrachtung, so lange die Verbindung dauert, gar keine selbständige Existenz[5]. Jedoch ist

---

§. 152. [1] L. 49 §. 1 D. h. t. „Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est". L. 24. 30 §. 3 eod., l. 93 D. de R. I. 50. 17. Von den Gewaltverhältnissen des römischen Rechts haben wir heutzutage nur noch die väterliche Gewalt, und diese ist nicht mehr Grund der Vermögensunfähigkeit, sondern bloß, und zwar in beschränktem Maße, der Erwerbunfähigkeit, in Betreff des Erwerbes nämlich, welcher aus dem Vermögen des Vaters gemacht wird, §. 1 I. per quas pers. 2. 9. Dagegen kommt im heutigen Recht auch für den Besitz die Vermögensunfähigkeit der Klosterpersonen (c. 2. 6 X. de statu monach. 3. 35) in Betracht.

[2] Erworben werden freilich kann ihnen der Besitz nur durch einen Stellvertreter. L. 1 §. 22 l. 2. D. h. t., l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 eod., l. 26 C. de don. 8. 54, l. 1 §. 20 D. h. t. Was Kinder speciell angeht, s. noch §. 155 Note 13. Personen, welche der nöthigen körperlichen Kräfte entbehren, können auch wirkliche Besitzer sein, indem ihnen nämlich Andere ihre Kräfte dienstbar machen. [Hereditas iacens: III §. 531 Note 10.]

[3] L. 3 pr. D. h. t., l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3. In der s. g. iuris quasi possessio ist der Gegenstand des Habens und Habenwollens doch die körperliche Sache (§. 151). — Ein unkörperlicher Gegenstand ist auch die Sachgesammtheit; daher ist auch an ihr kein Besitz möglich, l. 30 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Man kann fragen: warum hat das römische Recht nicht auch hier juristischen Besitz anerkannt? Es wird sich nur sagen lassen, daß das römische Recht in der Lehre vom Besitze die natürliche Basis ganz nie verlassen hat, und ein Princip in der Grenzbestimmung sich nicht erkennen läßt.

[4] L. 30 §. 1 D. h. t. Vgl. Rudorff Anhang Nr. 36.

[5] L. 7 §. 1 D. ad exh. 10. 4: — „si rotam meam vehiculo aptaveris,

diese juristische Betrachtung gerade in der Lehre vom Besitze nicht streng durchgeführt worden: die Ersitzung einer Sache soll dadurch nicht unterbrochen werden, daß der Besitzer sie zum Bestandtheile einer anderen von ihm besessenen Sache macht[6].

---

teneberis ad exhibendum, ... quamvis tunc civiliter non possideas". L. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. „Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus constant, universitas aedium intellegi non poterit". L. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 30 pr. D. h. t. Vgl. §. 138 Note 5. [Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 61 Note 4. Seuff. Arch. XXI. 99.]

[6] L. 30 §. 1 D. de usurp. 41. 3. „Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilomnius eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum". Die aufgestellte Ansicht ist im Wesentlichen die von Savigny S. 303 fg. LXVII fg. [264—275] entwickelte, von Windscheid in Sell's Jahrb. I. 12 (1841), Madai Arch. f. civ. Pr. XXV. 10 (1842), Binding das. XXVII. 9. 15 (1844), Vangerow §. 204 Anm. 2 vertheidigte. Abweichende Ansichten sind: 1) der aufgestellte Satz sei nur wahr für den Fall, wo eine Sache zum Bestandtheil einer beweglichen Sache gemacht werde; werde eine Sache aber mit einer unbeweglichen verbunden, so werde der Besitz verloren, und nur aus Billigkeitsrücksichten werde Fortdauer der Ersitzung angenommen, wenn zur Vollendung derselben nicht mehr fehle als 10 Tage (Thibaut Arch. f. civ. Pr. VII. 3 [1824]). 2) Der aufgestellte Satz sei auch für den Fall der Verbindung mit beweglichen Sachen nicht wahr: auch in diesem Fall werde der Besitz der verbundenen Sachen verloren, und es gelte nur für die Ersitzung die Ausnahme der 10 Tage (Pape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV. S. 211 fg. [1847]). 3) Der aufgestellte Satz sei weder wahr, noch werde ausnahmsweise gegen denselben eine Ersitzung zugelassen; wenn die genannte Stelle Fortdauer der Ersitzung anerkenne, so thue sie das nur deßwegen, weil sie annehme, die Verbindung sei von der Art, daß die verbundene Sache ihre Selbständigkeit nicht verliere (Kierulff S. 375—377 [theilweise], Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 373 fg. [1848], Böcking I §. 124 Note 15. 16, Brinz S. 181, Schirmer zu Unterholzner I S. 159 Note **, Lenz S. 139 fg., Rudorff Anhang Nr. 81, Randa §. 22). 4) Bei beweglichen Sachen werde immer der Theil im Ganzen besessen, nicht bloß wenn derselbe früher Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen, sondern auch, wenn sogleich das Ganze als solches in Besitz genommen worden sei; bei unbeweglichen Sachen dagegen werde nie der Theil im Ganzen besessen,

Theile eines Grundstücks können als solche besessen werden, da sie in der That selbständige Sachen sind[7]; dagegen ist bei beweglichen Sachen Besitz an unabgetheilten Theilen (im Gegensatz von Bestandtheilen) nicht anerkannt[8]. Endlich können auch s. g. intellectuelle Theile, Werththeile (§. 140), den Gegenstand des Besitzes bilden; es wird aber dabei erfordert, daß der Besitzeswille auf einen bestimmten Theil des Werthes der Sache gerichtet sei[9].

3) An einer und derselben Sache ist nur ein Besitz möglich; dieß folgt unmittelbar aus dem Begriff des Besitzes als der thatsächlichen Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen[10]. Es kann aber der eine Besitz, welchen die Sache verträgt, mehreren Personen zustehen[11], dieselben haben dann, entsprechend ihrem Besitzeswillen, die Besitzesvortheile zusammen[12]. —

---

auch wenn er vor der Verbindung Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen sei (Unterholzner Verjährungslehre I §. 49. 50, Sintenis Arch. f. civ. Pr. XX. 4 [1837] und System I S. 449—452). Vgl. auch Seuff. Arch. XVII. 207.

[7] L. 26. 43 pr. D. h. t. Vgl. §. 140 Note 2.

[8] L. 8 D. de R. V. 6. 1. Vgl. §. 140 Note 1 und 3.

[9] L. 26 D. h. t., l. 3 §. 2 eod., l. 32 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Das Erforderniß des bestimmten Theils zu beschränken auf den Besitz als Grundlage des Rechtserwerbs (Tradition, Usucapion), so daß der Schutz gegen Dritte auch bei Unbestimmtheit des Theils nicht ausgeschlossen wäre? Rudorff Anhang Nr. 78, Büff Arch. f. prakt. RW. N. F. III S. 116—117. Vgl. auch Note 12.

[10] L. 3 §. 5 D. h. t.: — „plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris . . . . Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris". L. 5 §. 15 D. commod. 13. 6.

[11] Die Neueren bezeichnen dieses Verhältniß als compossessio.

[12] Der Inhalt ihres Besitzeswillens ist der, daß sie die Sache für sich zusammen haben wollen. Daß dabei jeder einen bestimmten Werththeil für sich haben wolle, ist nicht nothwendig. Dieß Letztere könnte nur deßwegen bezweifelt werden, weil da, wo Einer nicht mit einem Andern zusammen den Besitz der Sache, sondern für sich den Besitz eines Werththeils haben will, die Richtung des Willens auf einen bestimmten Werththeil allerdings erforderlich ist (Note 9). Aber das erklärt sich daraus, weil es ohne diese Richtung

Nur ein scheinbarer Widerspruch gegen den aufgestellten Satz ist es, wenn die verschiedenen Besitzesvortheile zwei verschiedenen Personen zugeschrieben, und in Folge davon beide auch als Besitzer anerkannt werden[13].

---

in der That dem Besitzeswillen an der gehörigen Bestimmtheit fehlen würde, während der vereinte Wille, der die ganze Sache umfaßt, an einem solchen Mangel nicht leidet. Dieß ist der Sinn von l. 32 §. 2 D. de usurp. 41. 3. „Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidereLabeo scribit". Indem die zuvor bezeichnete Consequenz eine mera subtilitas genannt wird, wird sie zurückgewiesen (vgl. l. 51 i. f. D. ad leg. Aquil. 9. 2). Dieser Erklärung wird zwar von Böcking (I §. 124 Note 11*) vorgeworfen, daß sie „gegen die Gesetze der Grammatik" sei, weil das „mera subtilitate" nicht zu „Labeo scribit" gehöre; aber gewiß mit Unrecht. Der Sinn ist: Labeo sagt, daß nach mera subtilitas Niemand besitze. Böcking selbst erklärt so: Labeo sagt, daß mera subtilitate, d. h. „ohne Bewußtsein von dem Gegenstande, der Begrenztheit des Objectes des Besitzes, in abstracter Vorstellung, ἀορίστως" Niemand besitzen „könne". Aber von einem Nichtbesitzenkönnen spricht Labeo eben nicht; er sagt, daß die von ihm genannten Personen mera subtilitate nicht besitzen. Heißt also mera subtilitate „in abstracter Vorstellung", so sagt Labeo, daß keiner der Genannten „in abstracter Vorstellung", also jeder mit der Richtung des Willens auf einen bestimmten Besitzestheil, besitze. Rudorff zu Puchta's Vorlesungen I S. 484 Note 1 und Anhang Nr. 79 erklärt mera subtilitate = im Rechtssinn, juristisch. Auch Randa §. 17 Note 17 sieht in der mera subtilitas keine Mißbilligung; Labeo wolle aber nur den Besitz (die Interdicte) des Genossen gegen den Genossen, nicht den Gesammtbesitz der Genossen Dritten gegenüber leugnen. — Ueber das Verhältniß der Mitbesitzer zu einander s. noch Büff Arch. f. prakt. RW. III S. 113 fg. Derselbe bestreitet, daß den Mitbesitzern gegen einander Besitzesschutz überhaupt (auch bei certa pars) gewährt werde, — gewiß mit Unrecht. Jeder Besitzer verletzt den Besitz des Andern, wenn er einseitig seinen Willen für die Sache geltend macht. S. l. 3 §. 1 D. de O. N. N. 39 1, l. 1 §. 7 l. 3 §. 9 D. uti poss. 43. 16, l. 12 D. comm. div. 10. 3. S. auch Hesse Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 116 fg. Von der l. 12 cit. gibt eine scharfsinnige, doch nicht unbedenkliche Erklärung H. Witte das interd. uti possidetis S. 108. Will man diese Erklärung nicht annehmen, so beweist die Stelle für die Auffassung des Mitbesitzes als Ausübung des Miteigenthums (§. 149 Note 5). Vgl. §. 169a Note 4, und in dieser Beziehung auch die citirte l. 3 §. 9 D. uti poss., übrigens auch Rudorff Anhang Nr. 134.

[13] So bei der Verpfändung (l. 1 §. 15 l. 36 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3), beim Precarium (l. 3 §. 5 D. h. t., l. 15 §. 4 D. de prec. 43. 26). Vgl. §. 148 Note 10. — Eine später verworfene Meinung des Trebatius

III. Erwerb des Besitzes*.

§. 153.

Der Besitz wird dadurch erworben, daß die beiden Momente seines Begriffes, thatsächliche Gewalt und Aneignungswille, in einem gegebenen Fall zur concreten Wirklichkeit gelangen[1].

Die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache setzt nicht körperliche Berührung der Sache voraus[2], wie andererseits körperliche Berührung als solche nicht hinreicht; sondern es ist wie erforderlich, so genügend, ein solches Verhältniß der Person zur Sache, welches die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit gewährt, nach Belieben auf die Sache einzuwirken[3]. Unter unmittelbarer und gegenwärtiger Möglichkeit ist eine solche Möglichkeit zu verstehen, deren Verwirklichung nicht durch einen dazwischen

---

nahm an, daß auch der mit Unrecht des Besitzes Beraubte noch als juristischer Besitzer neben dem wirklichen Besitzer anerkannt werden müsse, l. 3 §. 5 D. h. t., l. 3 pr. D. uti poss. 43. 17. Vgl. Savigny S. 183 (173) fg. (über l. 17. pr. D. h. t. das. S. 192 Note 3 [180 Note 1], aber auch Rudorff Anhang Nr. 43), Kierulff S. 369 Note **, Keller S. 222—223, H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 250 fg.

* [Vgl. Jhering in der §. 148 Note * citirten Schrift S. 160 fg. der zweiten Aufl. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. S. 136 fg.]

§. 153. [1] L. 3 §. 1 D. h. t.: — „apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore". L. 8 eod., l. 153 D. de R. I. 50. 17; Paul. S. R. V. 2 §. 1.

[2] Das war früher die herrschende Ansicht, eine Ansicht, welche ihren hauptsächlichen Grund darin hatte, daß man die Erlangung der thatsächlichen Gewalt als Ergreifung, Apprehension, bezeichnete. In den Fällen, in welchen nach Ausweis der Quellen körperliche Berührung nicht nöthig ist, sprach man dann von einer fingirten Apprehension. Gegen die bezeichnete Ansicht erklärt sich ausdrücklich l. 1 §. 21 D. h. t.: — „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu". Savigny §. 14. [Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 153 fg., Goldschmidt Handelsr. I S. 641 fg.]

[3] Gewöhnlich setzt man hinzu: und jede fremde Einwirkung auf die Sache zu verhindern (Savigny S. 2 [26]). Mir scheint das nicht richtig; es ist nicht erforderlich, daß man mächtiger sei, als alle Anderen, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken, sondern nur, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unsrige ausschließt. [Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 88 Note 6. Goldschmidt Handelsr. I S. 638. 643. 1233.]

stehenden Umstand in eine zu weite Ferne hinausgerückt, oder gar zweifelhaft gemacht ist[4].

Hat die Sache bisher bereits einen Besitzer gehabt, so kann die thatsächliche Gewalt über dieselbe entweder mit oder ohne

---

[4] Eine bestimmtere Vorschrift läßt sich nicht geben; die Vorschrift muß im gegebenen Fall durch das Ermessen des Richters ergänzt werden. Anhaltspunkte gewähren folgende Entscheidungen der Quellen. Zu dem Erwerbe des Besitzes eines Grundstückes ist nicht erforderlich, daß dasselbe in allen seinen Theilen betreten werde; ja es braucht gar nicht betreten zu werden, es genügt, daß man sich auf einem benachbarten erhöhten Punkte befindet, von dem man das Grundstück überschauen, und sich ungehindert auf dasselbe begeben kann (l. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 3 §. 1 l. 18 §. 2 D. h. t.; Seuff. Arch. XII. 5, XIII. 296). Der Besitz einer beweglichen Sache ist erworben, wenn sie zu unserer Disposition vor uns hingelegt, oder in unserer Gegenwart mit unserem Willen einem Andern übergeben wird (l. 79 D. de sol. 46. 3, l. 1 §. 21 l. 51 D. h. t., l. 31 §. 1 D. de don. 39. 5, [Seuff. Arch. XXII. 15]); aber auch Niederlegung in unserer Behausung genügt (l. 18 §. 2 D. h. t., l. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3). Dagegen genügt nicht, daß die Sache in unserm Grunde und Boden vergraben sei (l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. D. h. t., l. 3 §. 3 D. h. t. — über die letzte Stelle s. Savigny S. 260—265 [231—235] —); es genügt ferner nicht Uebergabe der Schlüssel zu dem Raume, in welchem sich die Sache befindet, wenn die Uebergabe nicht in unmittelbarer Gegenwart des Raumes erfolgt (l. 74 D. de contr. emt. 18. 1, aus welcher Stelle zu erklären sind l. 9 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 21 D. h. t; die entgegengesetzte Meinung in dem Urtheil bei Seuff. Arch. III. 5; eine besondere, mit seiner allgemeinen Auffassung [s. unten] zusammenhängende Erklärung der genannten Stellen bei Baron Jahrb. f. Dogm. VII S. 128 fg. [Goldschmidt Handelsr. I §. 67 Note 2]). Den Besitz an einem Thiere, welches wir verfolgen, haben wir nicht schon, wenn wir es verwundet haben, „quoniam multa accidere possunt, ut eam non capiamus", l. 5 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. l. 55 eod., l. 3 §. 14. 15 D. h. t. (und darüber Baron a. a. O. S. 68—79). Ueber das Ganze s. Savigny §. 14—18, Randa §. 11, [Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 87 fg.] — Abweichende Ansichten bei Lenz S. 168—211. 262 fg. und bei Baron Jahrb. f. Dogm. VII. 3 (1863). Lenz stellt die Formel auf, es sei zum Erwerbe des Besitzes eine objective Sicherheit für den Besitzwillen nöthig. Dieselbe könne beschafft werden theils durch eigene oder Andern aufgetragene Bewachung, theils durch besondere Vorkehrungen; bei Grundstücken aber (außer Wohngebäuden) und solchen beweglichen Sachen, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge wie Grundstücke weder gestohlen noch beschädigt werden könnten, sei dieselbe schon von selbst gegeben, und daher hier Gegenwart der Person zum Besitzerwerb nur deßwegen erforderlich, damit das nöthige Wissen von der Sache erlangt

dessen Willen erlangt werden. Im ersten Falle spricht man von Uebergabe (Tradition)[5]; besondere Regeln gelten für diesen Fall des Besitzerwerbes nicht[6]. Dagegen gilt für den zweiten Fall die positive Vorschrift, daß der Besitz an einem Grundstück durch

---

werde. Ebenso sei der Grund der Entscheidung, daß die Uebergabe der Schlüssel in Gegenwart des Lagerungsraumes geschehen müsse, der, weil dieser (der Lagerungsraum) dem Vorstellungsvermögen gehörig eingeprägt werden müsse, abgesehen davon daß der Erwerber sich nicht wohl auf andere Weise die augenscheinliche Ueberzeugung davon verschaffen könne, ob der Lagerungsraum wirklich abgeschlossen sei. Baron sucht für bewegliche Sachen den Begriff der custodia zu verwerthen, und stellt auf Grund davon den Satz auf, daß der Besitz beweglicher Sachen erworben sei nicht durch das Positive, daß der Besitzer nach Belieben auf die Sache einwirken könne, sondern durch das Negative, daß die Sache gegen Dritte „geschützt" sei. Ich glaube, daß die eine dieser abweichenden Auffassungen ebenso unhaltbar ist, wie die andere. Gegen Lenz s. auch Baron S. 39—52; gegen Baron Randa §. 11 Note 11, Rudorff Anhang Nr. 71, [Exner a. a. O. S. 109 fg.]

[5] Die Quellen sagen sowohl tradere rem als tradere possessionem. Im engeren Sinne bezeichnet aber der Ausdruck tradere nur die unmittelbare Uebergabe von Hand zu Hand, und ist daher nur auf bewegliche Sachen anwendbar; specielle Ausdrücke für die Besitzübergabe bei Grundstücken sind: inducere in possessionem, mittere in possessionem. Zur Verstärkung wird zu possessio das Wort vacua hinzugefügt: tradere vacuam possessionem, mittere oder inducere in vacuam possessionem. Vgl. l. 36 D. de pactis 2. 14, l. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1, l. 18 §. 2 l. 33. 34 pr. D. h. t., l. 5. 12 D. de vi 43. 16, l. 35 §. 1 D. de don. 39. 5.

[6] Die l. 1 C. de don. 8. 54 beantwortet nicht die Frage, ob Besitz erworben, sondern ob er mit Willen des bisherigen Besitzers erworben sei. Vgl. über diese Stelle Savigny S. 244—247 (220–221), Baron a. a. O. S. 62, Rudorff Anhang S. 562 und Nr. 63, Holzschuher II §. 106 Nr. 1a, [Exner a. a. O. S. 156, Goldschmidt Handelsr. I S. 639—640]. — Den im Texte aufgestellten, im Uebrigen allgemein anerkannten Satz leugnet Brinz Jahrb. d. gem. R. III. 2 (1859) für den Fall, wo die Tradition bloß auf Besitz gehe, nicht in und mit dem Besitz zugleich Eigenthum übertragen werde. Er behauptet, in dem bezeichneten Falle liege eine Succession in den Besitz vor. Besitz also werde nur insofern erworben, als der Uebertragende selbst besitze, und das Uebertragungsgeschäft gültig sei. Ueber den „inneren Grund" dieser verschiedenen Behandlung beider Fälle ist Brinz etwas kurz hinweggegangen (S. 55. 56); man darf behaupten, daß es ihm nicht gelungen ist, begreiflich zu machen, warum derjenige, welchem eine Sache von einem Andern übergeben worden ist, genöthigt sei, sich auf die Tradition zu berufen, und sich demnach die Fehler der Tradition anrechnen zu lassen, warum

heimliche Bemächtigung nicht erworben werden kann; das Nähere hierüber in der Lehre vom Verlust des Besitzes.

§. 154.

Der Aneignungswille kann ausdrücklich erklärt werden, oder, was das Gewöhnlichere ist, in anderen Handlungen hervortreten[1]; er kann sogleich bei der Erlangung der thatsächlichen Gewalt vorhanden sein, oder derselben erst nachfolgen[2].

---

er nicht einfach dabei stehen bleiben könne, daß er die Sache habe und haben wolle. Unter den von Brinz angeführten Quellenstellen ist diejenige, welche verhältnißmäßig noch am Meisten für ihn spricht, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1; aber auch diese will nicht sagen, daß, wer von einem Pupillen ohne Auctoritas des Tutor erwerbe, nicht Besitzer werde, sondern nur, daß er nicht durch die — rechtlich nicht anerkannte — Veräußerung des Pupillen Besitzer werde (vgl. Savigny S. 418 Note 3 [S. 355 Note 4]). Brinz bringt die von ihm aufgestellte Unterscheidung auch mit dem Sprachgebrauch der Quellen in Verbindung; tradere possessionem gehe auf die Uebergabe des bloßen Besitzes, werde aber allerdings auch für den Fall gebraucht, wo in dem Besitze das Eigenthum übertragen werde; dagegen komme der Ausdruck tradere rem für die Uebergabe des bloßen Besitzes nicht vor. Er kommt vor z. B. in l. 22 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 36 D. h. t., l. 238 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Vgl. gegen Brinz auch H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 237—249, Sintenis §. 44 Note 8, Vangerow I §. 202 Anm. (7. Aufl.), Randa §. 15, Rudorff Anhang Nr. 15. — Geht nach heutigem Handelsrecht der Besitz durch Uebergabe des Conossements oder der Factur über? Vgl. Thöl Handelsrecht I §. 80, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 176 fg. [Exner a. a. O. S. 186 fg., Goldschmidt Handelsr. I §. 73.]. Die bei Seuffert mitgetheilten Urtheile sind fast ohne Ausnahme dagegen, s. I. 8. 396, II. 86, IV. 232, VI. 241, VII, 8. Besitz- und Eigenthumsübertragung an auswärts befindlichen Schiffen durch Uebergabe der Eigenthumspapiere: Seuff. Arch. VIII. 111, X. 232; vgl. XI. 213. Vgl. Savigny 7. Aufl. S. 323 Note 1. [Goldschmidt Handelsr. I S. 639. 805 fg.]

[1] Vgl. Seuff. Arch. XIII. 82, XVIII. 13. Liegt in der Zeichnung einer §. 154.
Sache der Ausdruck des Aneignungswillens? Möglicherweise ja, möglicherweise nicht; l. 1 §. 2 l. 14 §. 1 D. de per. 18. 6. Savigny S. 351 (225), Randa §. 11 Note 19, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 193. [Goldschmidt Handelsr. I §. 68.] Vgl. Seuff. Arch. III. 143.

[2] Die Quellen sprechen in diesem Falle davon, daß „solo animo acquiritur possessio", l. 3 §. 3 D. h. t., l. 9 §. 9 D. de R. C. 12. 1. Wird der Aneignungswille in Folge einer Gestattung desjenigen gefaßt, für welchen der Inhaber bisher die thatsächliche Gewalt ausübte, so nennt man das heutzutage eine brevi manu traditio (im Gegensatz zu der longa manu traditio

Der Wille, die Sache für sich, wie eine eigene, zu haben, ist aber zum Erwerbe des Besitzes nicht immer nöthig; in folgenden Fällen wird juristischer Besitz auch ohne diesen Willen anerkannt (s. g. abgeleiteter Besitz, §. 149 Note 6. 7):

1) beim Pfandgläubiger; jedoch behält der Verpfänder den Ersitzungsbesitz[3];

2) bei demjenigen, der eine Sache vergünstigungsweise, aber zum vollen Haben, empfangen hat[4], auch hier jedoch unbeschadet des beim Hingebenden zurückbleibenden Ersitzungsbesitzes[5];

3) beim Sequester, wenn es nämlich die Absicht der Parteien

---

der l. 79 D. de sol. 46. 3); die Quellen sagen: „res pro tradita est", l. 62 pr. D. de evict. 21. 2, l. 9 §. 1 D. de Publ. 6. 2. Vgl. l. 9 §. 5 D. de A. R. D. 41. 1.

[3] L. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3, l. 36 D. h. t., l. 15 §. 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 35 §. 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 40 pr. D. h. t. Alle diese Stellen reden nur von dem Faustpfandgläubiger; für die Gleichstellung des (den natürlichen Besitz erlangenden) Hypothekargläubigers s. Sintenis Pfandrecht S. 230 und prakt. Civilr. I §. 71 Anm. 16, Bruns S. 5. 6, Dernburg Pfandrecht II S. 53 fg., Rudorff Anhang Nr. 86 a. E., Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 364 fg.; dawider Savigny S. 337 Note 3 [294 Note 3], Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 1. a. Der Grund, weßwegen dem Pfandgläubiger der Besitzesschutz gegeben worden ist, ist ein rein historischer. Savigny S. 337 fg. (294 fg.).

[4] L. 4 §. 1 D. de prec. 43. 26, l. 2 §. 3 l. 6 §. 2 eod., l. 10 §. 1 D. h. t. Ueber den muthmaßlichen Grund s. Note 7 z. A. Vgl. auch II §. 376 Note 2. Was Randa S. 275—279 über das Precarium sagt, kommt darauf hinaus, daß das Precarium Einräumung eines dinglichen Rechts (auf Widerruf) sei; jedenfalls für das römische Recht ist dieß entschieden unrichtig.

[5] So erklären sich am einfachsten l. 15 §. 4 D. de prec. 43. 26, l. 3 §. 5 D. h. t. L. 13 §. 7 D. h. t. hat weder ursprünglich von der Ersitzung gehandelt, noch kann diese Stelle im Sinne der Justinianischen Compilation auf die Ersitzung bezogen werden, da in den Ersitzungsbesitz des Einen der Besitz eines Andern nur dann eingerechnet werden kann, wenn dieser selbst Ersitzungsbesitz hatte, was bei dem Empfänger eines Precarium gewiß nicht der Fall ist. Vgl. §. 181 Note 10. Doch nehmen Andere, und namentlich Savigny S. 196—199 (183—185), auf Grund dieser Stelle Aufhören auch des Ersitzungsbesitzes für den Geber an. Umgekehrt läßt v. d. Hagen (Ueber den nach l. 15 §. 4 D. de precario stattfindenden Besitz des precario rogans und des rogatus. Hamm 1840), welchem Rudorff Anhang Nr. 48. 49 folgt, für den Geber auch den Interdictenbesitz fortdauern. Gegen Beides Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 3. c.

gewesen ist, daß auf ihn Besitz übergehen solle, was bei der Sequestration einer streitigen Sache ohne Weiteres anzunehmen ist[6].[7]

[6] Von diesem letzteren Falle handelt l. 17 §. 1 D. dep. 16. 3 (vgl. pr. eod.), während l. 39 D. h. t., welche den Nachweis der bezeichneten Absicht verlangt, von der Sequestration im Allgemeinen spricht. Andere bringen beide Stellen dadurch in Einklang, daß sie in der ersten zu den Worten „deposita est" als Subject nicht res, sondern possessio beziehen; hiernach wäre der Beweis der bezeichneten Absicht unter allen Umständen erforderlich. So namentlich Savigny S. 347 (302), Bruns S. 7, Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 2. d. Dagegen Böcking §. 123 Note 18, Muther Sequestration und Arrest S. 226 fg. Der Letztere sucht die Vereinigung in einer besonderen Auslegung der l. 39 cit.; die Worte derselben „si hoc aperte fuerit approbatum" sollen von einem „allgemeinen Gewohnheitsrecht" verstanden werden müssen. Es leuchtet nicht ein, was durch diese gezwungene und nahezu unmögliche Auslegung gewonnen wird.

[7] Von den Meisten wird zu diesen Fällen noch der des Emphyteuta, von Vielen auch der des Superficiar hinzugefügt. Dafür spricht der große Umfang der diesen Personen zustehenden Rechte, wodurch deren Erscheinung ganz nahe an die Erscheinung des Eigenthums herantritt, und daß wahrscheinlich nichts Anderes, als die Aehnlichkeit der Erscheinung mit der Erscheinung des Eigenthums, der Grund ist, warum selbst das Verhältniß des Precaristen, dessen Wille doch weit hinter dem jener Personen zurückbleibt, als Besitz anerkannt wird. Aber ein Beweis ist das doch immer noch nicht — darf aus Einer Abweichung von der ratio iuris auf eine andere geschlossen werden? Und ein Beweis ist auch in dem, was man sonst angeführt hat, nicht enthalten. Man hat sich darauf berufen, daß der Emphyteuta und der Superficiar utilis *rei* vindicatio und utilis negatoria und confessoria actio haben, — nach diesem Argument müßte auch der (nicht detinirende) Pfandgläubiger Besitz haben (l. 16 D. de serv. 8. 1, l. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1); darauf, daß der Emphyteuta die Früchte ohne Perception erwerbe, so wie auf die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit seines Rechts, — soll darin ein anderes Argument liegen, als das zu Anfang erwähnte, so ist zu antworten, daß sein Recht bei aller Steigerung doch immer ein Recht an fremder Sache geblieben ist, er also nicht den Willen hat, die Sache wie eine eigene zu haben; auf l. 15 §. 1 D. qui satisdare 2. 8, — aber die von der Pflicht zur Caution befreiende „possessio" dieser Stelle hat offenbar und anerkanntermaßen einen ganz besonderen Sinn, und in den Worten: „qui agrum vectigalem possidet" das possidere als Bezeichnung gerade juristischen Besitzes zu premiren, hier wo es auf juristischen oder nicht juristischen Besitz, Besitz oder Nichtbesitz, gar nicht ankommt, ist willkürlich; endlich neuerdings auf die Analogie des ager publicus — obgleich die Anwendung der possessorischen Interdicte auf denselben doch keineswegs sicher ist — und auf die Analogie des ager provincialis; das letztere Argument

Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter.

§. 155.

Der Besitz kann auch durch einen Anderen erworben werden[1].

1. Dieß ist zunächst so zu denken, daß durch den Anderen nur das Moment der thatsächlichen Gewalt beschafft wird. Ich habe in meiner thatsächlichen Gewalt auch dasjenige, was ein Anderer in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß dieser des Willens ist, es nicht für sich, sondern für mich zu haben[2]. Daher besitze ich, was ein Anderer mit dem bezeichneten Willen in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß ich des Willens bin, es für mich zu haben[3].

---

ist nicht ohne Bedeutung, obgleich doch auch hier gefragt werden muß, ob nicht das Eigenthum des römischen Volkes am fundus provincialis in viel weiterem Sinne eine bloß theoretische Bedeutung gehabt habe, als das Eigenthum am gewöhnlichen fundus vectigalis. Für die Superficies ist ein Gegenbeweis in l. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17 enthalten; man hat, um demselben zu entgehen, zu dem sehr unjuristischen Auskunftsmittel gegriffen, einen Besitz am Gebäude ohne den Grund und Boden anzunehmen. Vgl. für die hier nicht angenommene Ansicht Savigny S. 336. 319 (293. 281), Kierulff S. 360. 361, Bruns S. 8—10, Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 2. b. c, Böcking I §. 126 Note 6. 7 und Grundriß II §. 82 Note 1, Sintenis I §. 55 Anm. 10. §. 56 Anm. 12, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 251 Note 10, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 109—120; dawider Savigny S. 331 fg. (298 fg.) (in Betreff der Superficies), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 229—233 und Anhang zu Sav. Nr. 85, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 9 (1847) und Pand. §. 195 Anm. 3, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 1 (1860). XX S. 177 fg. (1863), Wächter das Superficiar- oder Platzrecht [in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band 1868] S. 45 fg. (in Betreff der Superficies), [Degenkolb Platzrecht und Miethe (1867) §. 11 fg. (ebenso).]

§. 155. [1] L. 53 l. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, §. 5 I. per quas pers. 2. 9, l. 1 C. eod. 4. 27, l. 8 C. h. t., Paul. S. R. V. 2 §. 2.

[2] Er muß die Sache für mich haben wollen in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, was nicht voraussetzt, daß er sie in jeder einzelnen Beziehung für mich haben will (§. 149), So besitze ich durch den Nießbraucher nicht weniger, als durch den Pächter oder denjenigen, welcher die Sache in meinem Auftrag für mich in Besitz genommen hat.

[3] Paul. R. S. V. 2 §. 1. „Possessionem acquirimus (et) animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno“. L. 3 §. 12 D. h. t.: — „animo nostro, corpore etiam alieno possidemus“.

a. Wille des Inhabers der thatsächlichen Gewalt, die Sache für den Andern zu haben. Ohne diesen Willen wird der Andere nicht Besitzer[4]; daher kann durch eine willensunfähige Person für einen Andern Besitz nicht erworben werden[5]. Ob dieser Wille vorhanden ist oder nicht, ist eine thatsächliche Frage, welche im einzelnen Fall beantwortet werden muß. Hervorzuheben ist, daß, wer in Folge des Auftrags eines Andern die thatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, nicht nothwendigerweise den Willen zu haben braucht, die Sache für den Andern zu besitzen; er kann auch des Willens sein, zunächst für sich Besitz zu erwerben, und erst hinterher den Andern zum Besitzer zu machen[6]. Bei der Tradition ist entscheidend für die Willensrichtung des Empfängers die Erklärung des Tradenten, vorausgesetzt daß der Empfänger gegen dieselbe keinen Widerspruch eingelegt hat[7]. — Der Wille,

---

[4] L. 1 §. 20 D. h. t. „Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere". Dieß gilt selbst für den Sclaven, l. 1 §. 19 eod.

[5] L. 1 §. 9. 10 D. h. t.

[6] Durch diese Unterscheidung löst sich der scheinbare Widerspruch folgender Stellen: l. 13 pr. vgl. l. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 42 §. 1 D. h. t. — l. 59 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2 C. de his qui a non dom. 7. 10, l. 135 §. 2 D. de V. O. 45. 1. u. a. m. Vgl. Savigny S. 345 Note 1 (306 Note 3 a. E.), v. Scheurl Beiträge I S. 309. 310. 313 (Jahrb. f. Dogm. II S. 26 Note 5), Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 236—249 (1854), Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 324—335 (1857), Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 40 fg. 90 fg. (1862). Seuff. Arch. V. 112. 253, X. 134, XII. 122 (Commissionär); VII. 7 (Frachtfuhrmann); II. 286, V. 56. 60, VIII. 76, IX. 128 (Spediteur); s. ferner die in Note 8 citirten Erkenntnisse. [Goldschmidt Handelsr. I §. 615 fg. 617 fg. 753 fg.].

[7] Dadurch, daß der Empfänger die Sache mit der Erklärung des Tradenten ohne Widerspruch annimmt, eignet er sich diese Erklärung an, und kann hinterher nicht behaupten, daß er für eine andere Person Besitz habe erwerben wollen, als die in der Erklärung des Tradenten bezeichnete. Namentlich gilt dieß für den Fall, wo dem Empfänger für einen Andern übergeben worden ist, und er hinterher behaupten wollte, daß er Besitz für sich habe erwerben wollen. Von diesem Falle ist zu verstehen l. 13 D. de don. 39. 5 Früher lehrte man auf Grund dieser Stelle, daß bei der Tradition der Wille des Tradenten in Betreff der Person des Besitzerwerbers schlechthin entschei-

die Sache für einen Andern zu haben, braucht nicht sogleich von Anfang an vorhanden zu sein; er kann auch hinterher gefaßt werden, nachdem der Inhaber bis dahin für sich (oder für einen Dritten) hat besitzen wollen[8].

---

dend sei. Es ist das Verdienst Bremer's Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 249 fg., dieser Erklärung gegenüber die ältere des Donellus wieder zur Geltung gebracht zu haben, durch welche der Inhalt der Stelle mit anerkannten Rechtsgrundsätzen ganz in Einklang tritt; s. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 320, Scheurl das. II S. 26, Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 458 fg. XIV S. 167 fg., H. Witte das. XVIII S. 286 fg., Bremer das. XX S. 53 fg. Wenn diese Schriftsteller ferner (theilweise) behaupten, daß l. 37 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1 von dem umgekehrten Fall zu verstehen sei, wenn der Empfänger seinen gegentheiligen Willen beim Empfang an den Tag gelegt habe, so ist dieß zwar nicht in gleichem Maße unzweifelhaft; es ist jedoch zuzugeben, daß diese Erklärung immer noch den Vorzug verdient vor der gewöhnlichen: nihil agetur, d. h. ex mente procuratoris, anders ex mente tradentis. Was Vangerow I §. 205 hiergegen bemerkt, übersieht, daß l. 37 §. 6 cit. zunächst nicht vom Besitz-, sondern vom Eigenthumserwerbe spricht. S. auch Arndts §. 140 Anm. 4. In l. 43 §. 1 D. de furtis 47. 2 tritt Besitzerwerb für den vom Tradenten Bezeichneten deßwegen nicht ein, weil dieser den Besitzeswillen nicht hat (der Empfänger ist „falsus procurator"). — Die hier aufgestellte Regel gilt aber in gleicher Weise auch für den umgekehrten Fall, wo der Tradent dem Empfänger für sich (den Empfänger) übergibt, und dieser den nicht ausgesprochenen Willen hat, den Besitz für einen Andern zu erwerben. D. h. es wird auch in diesem Fall durch die Tradition Besitzer der vom Tradenten Bezeichnete, also der Empfänger, nicht der Andere; es hindert freilich den Empfänger nichts, sofort den Andern zum Besitzer zu machen (durch constitutum possessorium, Note 8), und er thut dieß wirklich, wenn er in der That den (ausgesprochenen oder aus den Umständen erkennbaren) Willen hat, für den Andern zu besitzen. A. M. Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 2 (1863), indem er den Traditionswillen dahin auslegt, daß derselbe die Person des Habensollenden unbestimmt lasse. M. A. ist dieß zwar möglich, aber nicht nothwendig; wer es in einem gegebenen Fall behauptet, wird es nachweisen müssen. So auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 319 fg., Pagenstecher Eigenthum II S. 204. 205, während Randa S. 203 fg. und Arndts §. 145 Anm. 3 sich für Bremer erklären. Vgl. auch Puchta de domino rerum per procuratorem acquirendo (kl. civil. Schriften Nr. XXXII), Scheurl Beiträge I S. 208 fg. Ein Beweis für die hier vertheidigte Ansicht, wenn gleich kein durchaus entscheidender, liegt auch in l. 13 pr. D. de A. R. D. 41. 1 (Gegenbemerkungen von Bremer S. 52. 53). Seuff. Arch. XV. 100. — [Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 135 fg.]

[8] L. 18 pr. D. h. t., l. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 28 l. 35 §. 5 C.

b. Was den Besitzeswillen desjenigen angeht, für welchen der Inhaber die thatsächliche Gewalt haben will, so ist eine besonders häufige und wichtige Weise der Aeußerung dieses Willens die, daß Jemand den Auftrag ertheilt, eine Sache für ihn in Besitz zu nehmen. Dabei fragt es sich, welchen Grad der Bestimmtheit dieser Auftrag haben müsse. Es ist zu sagen, daß es für den Besitzerwerb des Auftraggebers weder erforderlich ist, daß der Auftrag auf eine bestimmte seinem Bewußtsein vorschwebende Sache, noch auch nur, daß er auf einen bestimmten Act der Inbesitznahme gerichtet sei. So genügt namentlich der Auftrag zur Verwaltung des gesammten Vermögens; durch jede Inbesitznahme, welche bei Ausführung desselben der Verwalter für den Geschäftsherrn vornimmt, wird der Letztere ohne Weiteres Besitzer[9]. Allerdings ist aber in den hier genann-

---

de don. 8. 54. Die Neueren haben für diesen Fall den besonderen Ausdruck constitutum possessorium erfunden. Savigny §. 27, Randa S. 201—203. [Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 142 fg. J. P. Verloren het constitutum possessorium in het romeinsche recht. Utrecht 1867.] Seuff. Arch. V. 253, VI. 310, X. 229, XII. 122, XIX. 15; XIII. 296, XIV. 80. [Bl. f. RAnwend. Ergänzungsb. zu Bd. XXXI u. XXXII S. 250 fg.]

[9] Die Quellen sagen: per procuratorem etiam ignoranti acquiritur possessio, §. 5 I. per quas pers 2. 9, l. 49 §. 2 D. h. t., l. 1 C. eod., l. 47 D. de usurp. 41. 3. Aber freilich ist es bestritten, wie weit der Sinn dieses Satzes reicht. An und für sich ist ein Dreifaches möglich. 1) Dieser Satz will sagen, daß, wenn Jemand den Auftrag zu der Inbesitznahme einer speciell bezeichneten Sache gegeben habe, es nicht nöthig sei, daß er die Ausführung seines Auftrages erfahren habe; so (wie es scheint) Savigny S. 365 (315). 2) Er will sagen, daß der Auftraggeber auch von der für ihn in Besitz genommenen Sache kein Bewußtsein zu haben brauche, wie in dem Fall, wo er dem Beauftragten eine mehr oder minder freie Auswahl unter verschiedenen Sachen überlassen hat; so Puchta im Rechtslex. II S. 61, Scheurl Beitr. I S. 217. 3) Er will sagen, daß der Auftraggeber auch davon kein Bewußtsein zu haben brauche, daß überhaupt für ihn etwas in Besitz genommen werde, wie eben derjenige, welcher einem Andern die Verwaltung seines ganzen Vermögens übertragen hat. So — im Widerspruch gegen fast alle Neuere — Bremer Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 7. (1854); gegen seine Ausführungen Schirmer das. XIV. 3 (1857), und gegen diesen wieder Bremer das. XVII. 8 (1860). Ich nehme keinen Anstand, mich für die Bremer'sche Ansicht zu erklären; so auch Arndts §. 140 Anm. 2, Randa S. 197. 198, Rudorff Anhang Nr. 93. Die Quellen machen keinen Unter-

ten Fällen der Vertreter mehr als Organ der Beschaffung der thatsächlichen Gewalt, er ist auch zugleich Vermittler des Willensmomentes; derjenige, für welchen er den Besitz erwerben will, hat den Besitzeswillen nur insofern, als er sich durch den ertheilten Auftrag im Voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat[10].

2) Dieß leitet über zu denjenigen Fällen, in welchen der Besitz durch einen Vertreter ohne allen eigenen Willen des Besitzerwerbers

---

schied zwischen den verschiedenen Arten der procuratores; vgl. außer den oben genannten Stellen noch l. 13 pr. l. 20 §. 2 l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 20 D. h. t. Paul. S. R. V. 2 §. 2 ist vom nicht beauftragten Geschäftsführer zu verstehen; ebenso verlangt l. 42 §. 1 D. h. t. nur für diesen die Genehmigung des Geschäftsherrn, und das Gleiche gilt für l. 24 D. de neg. gest. 3. 5. (Darüber daß auch der nicht Beauftragte procurator genannt wird, s. Bremer XI S. 221 Note 3). Will man die Bremer'sche Ansicht nicht annehmen, so muß man die Grenze nicht bei Nr. 3, sondern bei Nr. 2 machen. Zwischen Nr. 2 und Nr. 3 giebt es gar keine feste Grenze (Bremer XI S. 216. XVII S. 215), und was den Besitzeswillen angeht, so besteht zwischen dem Falle, wo ich Jemandem den Auftrag gebe, mir auf dem Pferdemarkte ein von ihm auszusuchendes Pferd zu kaufen, und dem Falle, wo ich ihm den Auftrag gebe, mir Alles zu kaufen, was er bei Verwaltung meines Vermögens für nöthig erachten werde, nicht der mindeste Unterschied; in keinem der beiden Fälle ist der Besitzeswille unvermittelt vorhanden, in beiden aber wirklich vorhanden durch die Vermittlung des Vertreters. S. auch die folgende Note. Uebereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht Seuff. Arch. II. 135, V. 106, X. 134; dawider III. 10, VIII. 231 (theilweise). [Goldschmidt Handelsrecht I §. 66 Anm. 5].

[10] Vgl. §. 73 Note 11. So erklärt sich l. 34 §. 1 D. h. t., in welcher Stelle es heißt, daß ich bei eigenem Irrthum über die in Besitz genommene Sache durch meinen nicht irrenden Stellvertreter Besitz erwerben kann. So erklärt sich ferner, daß die Anerkennung des Erwerbes des Besitzes durch Stellvertreter auf utilitatis ratio und kaiserliche Constitutionen zurückgeführt wird (l. 1. 8 C. h. t., l. 11 §. 6 D. de pign. act. 13. 7, §. 5 I. per quas pers. 2. 9, vgl. l. 41 D. de usurp. 41. 3). Daß ich Besitz erwerben kann durch Jemanden, der mir bloß seine körperlichen Kräfte zur Disposition stellt, ist ein so selbstverständlicher Satz, daß es, um ihm Anerkennung zu verschaffen, nimmermehr der Geltendmachung von Zweckmäßigkeitsrücksichten und kaiserlicher Gesetzgebung bedurft hätte, wogegen es sich hier um eine Anwendung des vom römischen Recht principiell verworfenen Grundsatzes der Stellvertretung handelt. Andererseits liegt in den beiden hier bezeichneten rechtlichen Entscheidungen auch wieder ein neuer Beweis dafür, daß der Auftrag wirklich den Besitzerwerb in dem im Text bezeichneten Umfange begründet.

erworben wird. Diese Fälle sind: a) der Fall des Peculiarerwerbs[11]; b) der Fall, wo der Vertreter einer juristischen Person[12] für diese, oder der Vormund für den Bevormundeten[13] den Besitz erwirbt.

IV. Verlust des Besitzes*.

§. 156.

Der Besitz wird dadurch verloren, daß eines der beiden Momente, auf deren Zusammensein er beruht, aufgehoben wird[1].

---

[11] L. 1 §. 5 l. 3 §. 12 l. 24 l. 44 §. 1 D. h. t., l. 31 §. 3 l. 47 D. de usurp. 41. 3. Dieser Erwerb wird zwar in l. 1 §. 5 D. h. t. (vgl. l. 44 §. 1 eod.) auf die in der Concession des Peculiums liegende allgemeine Willenserklärung zurückgeführt, so daß er ganz auf gleicher Linie stehen würde, wie der Erwerb durch den Generalbevollmächtigten; aber daß dieß nicht der eigentliche Grund sein kann, geht daraus hervor, daß in dieser Weise auch willensunfähige Personen erwerben können, l. 1 §. 5 D. l. 32 §. 2 D. h. t. Der wahre Grund liegt in der eigenthümlichen Rechtsstellung des Peculiums, als eines Theils des Gesammtvermögens, welcher in der Person des factischen Inhabers selbständig geworden ist. [Mandry Begriff u. Wesen des Peculium (1869) S. 48—51.]

[12] L. 1 §. 22 l. 2 D. h. t., in Verbindung mit l. 7 §. 3 D. ad exh. 10. 4. Vgl. Randa S. 188—194.

[13] L. 13 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 20 D. h. t. — Besonderes gilt für Kinder. Der Satz, daß sie auch physisch willensunfähig sind, ist gerade in der Lehre vom Besitzerwerb nicht streng durchgeführt worden. In Folge davon ist anerkannt, daß sie nicht bloß durch den Vormund Besitz erwerben können, sondern auch in eigner Person mit Unterstützung des Vormunds (auctoritate tutoris), ja, wenn ihnen etwas geschenkt wird, selbst ohne Unterstützung des Vormundes, l. 22 §. 2 D. h. t., l. 3 C. h. t. Freilich ist die Interpretation dieser Stellen, und namentlich daß in der letzten von aller Unterstützung des Vormundes abgesehen werde, vielfach bestritten. S. Savigny §. 21, Puchta Rhein. Mus. V. 3 (kl. Schr. Nr. 19) und Vorlesungen I Beil. XI, Denzinger Arch. f. civ. Pr. XXXI. 7. 13, Vangerow I §. 204 Anm. 1, Lenz S. 158—168, Rudorff Anhang Nr. 77. [Vgl. noch III §. 567 Note 7.]

* [Vgl. Ihering in der §. 148 Note * cit. Schrift S. 209 fg. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. S. 182 fg.]

[1] L. 44 §. 2 D. h. t.: — „possessionem amitti vel animo vel etiam corpore". Wenn es in l. 153 D. de R. I. 50. 17 heißt: — „ut . . nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (est)", so soll damit nicht gesagt sein, daß der Besitz durch das in contrarium agi beider Momente, sondern, §. 156.

Unter Aufhebung ist aber nicht zu verstehen einfaches Aufhören, sondern Verkehrung in das Gegentheil[2]. Daher wird, was das Moment der thatsächlichen Herrschaft angeht, der Besitz nicht dadurch verloren, daß die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit, auf die Sache nach Belieben einzuwirken, nicht fortdauert, sondern nur dadurch, daß an die Stelle dieser Möglichkeit die Unmöglichkeit fernerer Einwirkung tritt[3].[3a] Für Grundstücke gilt

---

daß er durch das in contrarium agi sowohl des einen als des andern verloren werde. In diesem Sinne kommt das Wort uterque in unseren Quellen auch sonst vor, so in l. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3, l. 10 §. 13 D. de grad. 38. 10, l. 16 D. de leg. II° 31; in l. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61 ist es sogar geradezu = alteruter. Savigny §. 30. — Eine andere Erklärung geben Kierulff S. 390. 391 und nach ihm Lenz S. 212—220. Sie sagen: das Habenwollen ohne thatsächliche Realisirung dieses Willens ist kein wahres Wollen, das thatsächliche Haben ohne das entsprechende Wollen kein wahres Haben; so wird also mit dem einen der Besitzesmomente immer auch das andere aufgehoben. Diese Erklärung wäre ganz gut, wenn nur auch die Quellen die Worte in dem Sinne verständen, welchen sie nach jenen Schriftstellern eigentlich haben sollen. Aber man vergleiche z. B. l. 3 §. 1 D. h. t. (von demselben Verfasser, wie die hier zu erklärende Stelle): — „apiscimur possessionem animo et corpore, *neque per se animo*, *aut per se corpore*". S. auch Rudorff Anhang Nr. 100. — Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 95 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 57 sieht in der Stelle eine falsche Normirung des Princips. Dagegen Rudorff Anhang Nr. 98.

[2] L. 153 D. de R. I. cit.: — „ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum* (est)". Die Fortdauer des Besitzes hat also andere Voraussetzungen, als seine Entstehung. Genauer ausgedrückt heißt das so: wenn der Besitz einmal entstanden ist, so nimmt das Recht seine Fortdauer unter Umständen an, unter denen er nicht wirklich mehr besteht. Neuere Schriftsteller suchen der Annahme einer solchen Unregelmäßigkeit möglichst zu entgehen und die in den Quellen enthaltenen Entscheidungen auf den Begriff des Besitzes zurückzuführen. So Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 100. 101 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 56. 113 fg. 143 fg., Randa §. 21. Vgl. übrigens auch Savigny S. 270. 395 (239. 339), Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 38—46. Lenz (S. 211. 212) sagt seiner Grundauffassung (§. 150 Note 1) gemäß: der Besitz muß, wie jedes Recht, so lange fortdauern, bis specielle Aufhebungsgründe seine Beendigung herbeiführen.

[3] So wird der Besitz eines Grundstücks nicht dadurch verloren, daß der Besitzer sich von demselben entfernt, auch nicht dadurch, daß er es vielleicht in längerer Zeit nicht wieder besucht — die Quellen sagen in diesem Falle: animo retinetur possessio — (l. 3 §. 11 D. h. t., l. 1 §. 25 D. de vi. 43. 16); aber er wird dadurch verloren, daß ein Anderer den Besitzer verdrängt (l. 1

dabei noch die besondere Regel, daß, wenn diese Unmöglichkeit darin ihren Grund hat, daß ein Anderer das Grundstück occupirt, Verlust des Besitzes nicht eher angenommen wird, bis der Besitzer von der Occupation erfahren hat[4]. Ebenso wird, was das

---

§. 45. 47. 24 D. de vi 43. 16, l. 33 §. 2 l. 4 §. 22 D. de usurp. 41. 3), wobei darauf keine Rücksicht genommen wird, ob der Besitzer auch wirklich der Schwächere ist, und nicht mit Anwendung von Gewalt vielleicht den Andern seinerseits hätte verdrängen können (s. §. 160 zu Note 6); ferner wird der Besitz dadurch verloren, daß das Grundstück vom Wasser bleibend occupirt wird (l. 3 §. 17 D. h. t.). Der Besitz einer beweglichen Sache geht mir nicht dadurch verloren, daß ich sie in die Erde vergrabe, obgleich es zum Erwerbe des Besitzes nicht hinreicht, daß ich eine Sache in meinem Grund und Boden habe (§. 153 Note 4), und nicht einmal dadurch, daß ich mich des Orts, wo sie vergraben ist, augenblicklich nicht erinnere (l. 44 pr. D. h. t.); aber er geht mir dadurch verloren, daß ich die Sache verliere (nicht mehr weiß, wo sie ist, — anders, wenn ich sie nur verlege, mich augenblicklich nicht mehr erinnere, wo sie ist, vgl. Randa S. 222. 223), — daß sie mir gestohlen oder geraubt wird, daß sie in's Wasser fällt (l. 3 §. 13 l. 25 pr. l. 15. 13 pr. D. h. t.). Den Besitz an zahmen und gezähmten Thieren verliere ich nicht dadurch, daß sie augenblicklich sich nicht unter meiner Aufsicht befinden, sondern nur dadurch, daß bei ihnen die Möglichkeit oder die Absicht der Rückkehr aufhört; wilde Thiere besitze ich so lange, als sie in der Weise in meinem Gewahrsam sind, daß ich mich zu jeder Zeit ihrer bemächtigen kann, aber auch nach der Entweichung noch so lange, als ich sie mit der Aussicht auf Wiedererlangung verfolge. L. 3 §. 13—17 D. h. t., l. 3 §. 2 l. 4. 5 pr. §. 4. 5 D. de A. R. D. 41. 1. Verlust des Besitzes durch Specification: l. 30 §. 4 D. h. t. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 184 fg. 329.

[3a] Durch Ueberantwortung der Sache an einen Andern zum Haben für mich verliere ich natürlich den Besitz nicht; — anders aber dann, wenn dieser Andere die Sache in Unkenntniß des ihm an der Sache zustehenden Eigenthumsrechts genommen hat. Diese — allerdings auffallende — Entscheidung steht in l. 21 l. 33 §. 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. auch l. 29 D. de pign. act. 13. 7; als Grund wird angegeben, weil in diesem Fall das Ueberlassungsgeschäft nichtig sei. Unterholzner Verjährungslehre I §. 231 a. E. II §. 239 a. E. A. M. Vangerow I §. 361 Anm. Nr. 1, Arndts R.Lexic. III S. 875 fg.

[4] L. 18 §. 3 l. 25 §. 2 l. 46 l. 3 §. 7. 8 l. 6 §. 1 l. 7 D. h. t. Wenn der Besitzer den Occupanten unmittelbar nach der Occupation seinerseits hinauswirft, so liegt eine Occupation gar nicht vor (l. 3 §. 9 l. 17 D. de vi 43. 16). Das ist dahin ausgedehnt worden, daß eine Occupation auch dann nicht angenommen werden soll, wenn der Besitzer den Occupanten unmittelbar, nachdem er von der geschehenen Occupation erfahren hat, wieder hinauswirft. Unterliegt er bei dem Verdrängungsversuche, oder macht er einen solchen gar nicht, so hätte man eigentlich sagen sollen, eine wirkliche Occu-

Willensmoment angeht, der Besitz nicht dadurch verloren, daß in einem gegebenen Falle der Wille, die Sache für sich zu haben, nicht vorhanden ist, sondern nur dadurch, daß der Besitzer den Entschluß faßt, die Sache nicht mehr für sich haben zu wollen[5],

---

pation sei nun von Anfang an vorhanden gewesen, und daher der Besitzesverlust von Anfang an eingetreten; in den Quellen ist aber das Gegentheil anerkannt. — Faßt man den aufgestellten Satz so, wie hier geschehen, so ist er zwar nicht so „merkwürdig", wie Savigny (S. 408 [348]) glaubt, aber er versteht sich doch auch nicht von selbst, wie Kierulff S. 394 Note * und Böcking I §. 125 Note 5 annehmen. Ersterer sucht die Erklärung darin, daß ja durch die Occupation des Andern die Unmöglichkeit für den Besitzer, seine Herrschaft über die Sache zu bethätigen, noch nicht constatirt sei; s. dagegen die Note 3. Böcking beruft sich auf die oben genannten Stellen, nach welchen der Besitz nicht verloren geht, wenn die fremde Occupation unmittelbar, nachdem sie geschehen, wiederaufgehoben wird; aber um eine unmittelbare Wiederaufhebung handelt es sich hier auch nicht, und es kommt hinzu die oben bemerkte Inconsequenz in Betreff des Zeitpunktes des Besitzesverlustes bei nicht erfolgender Wiedererlangung. Auch Lenz S. 239 fg. findet es ganz natürlich, daß der Besitz an Grundstücken animo retinetur, wie er animo erworben werde (§. 153 Note 4). — Daß man die gleiche Behandlung nicht bei beweglichen Sachen hat eintreten lassen, erklärt sich ohne Zweifel daraus, daß bei ihnen die Inbesitznahme hinter dem Rücken des Besitzers in den bei Weitem meisten Fällen auch Unauffindbarkeit zur Folge hat. — Uebrigens läßt der aufgestellte Satz Fragen übrig, welche in den Quellen nicht beantwortet sind, so namentlich: hat in der Zwischenzeit der Occupant nicht wenigstens Dritten gegenüber den Interdictenschutz? gilt der Satz auch dem gutgläubigen Occupanten und demjenigen gegenüber, an welchen der Occupant die Detention weiter überträgt? wie ist es, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß durch Krankheit, Abwesenheit, Wahnsinn u. s. w. an der Vertreibung des Occupanten gehindert wird? Vgl. darüber Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 46 fg., und besonders H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 255—269. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 89—107 (Jahrb. f. Dogm. VII S. 144—146) und Rudorff Anhang Nr. 106 beschränken die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden auf das Verhältniß zum Occupanten; auf Grund dieses bloß relativen Besitzes gibt Rudorff dem Abwesenden gegen den Occupanten das int. uti possidetis, Baron das Recht, den Occupanten zu dejiciren bez., wenn er dabei unterliege, das int. unde vi (hiergegen Rudorff Nr. 110).

[5] L. 17 §. 1 D. h. t.: = „possessio . . recedit, ut quisque constituit nolle possidere". L. 3 §. 6 l. 30 §. 4 eod. — Frage: ist der Besitz verloren, wenn er zu dem Ende aufgegeben wird, damit ein Anderer ihn erwerbe, und dieser ihn nicht erwirbt? Diese Frage wird verneint von Ulpian und Papinian (l. 34 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de vi 43. 46), bejaht von Celsus

woraus sich ergibt, daß willensunfähige Personen den Besitz nur durch Aufhebung des Momentes der thatsächlichen Herrschaft verlieren können[6].

§. 157.

Was den Besitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeübt wird, so ergibt sich aus dem Begriffe desselben, daß er verloren wird: 1) dadurch, daß der Vertretene den Besitzeswillen aufgibt; 2) dadurch, daß dem Vertreter die beliebige Einwirkung auf die Sache unmöglich wird[1], oder derselbe aufhört, für den Vertretenen besitzen zu wollen. Jedoch gelten von dem zweiten dieser Sätze eine Reihe von positiven Ausnahmen: der Besitz wird nicht verloren durch den Tod des Vertreters[2], nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben[2], nicht dadurch, daß er den Besitz aufgibt[3]. Durch den Entschluß des

---

(l. 18 §. 1 D. h. t.). Die erste Meinung ist offenbar die richtigere, weil beide Theile der Willenserklärung in unzertrennbarer Verbindung stehen (Kierulff S. 393, Windscheid Voraussetzung S. 144—146, Scheurl Beiträge I S. 202—205), und wäre daher vorzuziehen, auch wenn nicht schon die historische Vereinigung zu demselben Resultate führte (Scheurl a. a. O. S. 204). Umgekehrt meint Brinz S. 71, Celsus habe „nicht so nützlich, aber richtiger gedacht als Ulpian". Auch Lenz S. 230 fg. ist der Meinung, daß in der Tradition nicht ohne Weiteres die Bedingung des Besitzerwerbes durch den Andern liege. — Aus dem Entschlusse, den Willen aufzugeben, hat man auch l. 37 §. 1 D. de usurp. 41. 3 erklären wollen (Savigny S. 424 [360], Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 40). Aber darf ein solcher Entschluß darin gefunden werden, daß man ein Grundstück unbebaut liegen läßt, oder längere Zeit abwesend ist? Die Stelle sieht den Grund des Besitzverlustes in der Aufhebung des körperlichen Momentes, und will nur hervorheben, daß der Besitz trotzdem nicht vi verloren werde. S. auch Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 401. 402 (wider diesen Rudorff Anhang Nr. 113).

[6] L. 27. 29 D. h. t.

[1] Auf die Person des Vertretenen kommt es in dieser Beziehung nicht an. Daher ist auch bei Grundstücken nicht erforderlich, daß der Vertretene von der durch einen Andern erfolgten Occupation Kenntniß erhalten habe. L. 1 §. 22. 45 D. de vi 43. 16, l. 44 §. 2 D. h. t. §. 157.

[2] L. 3 §. 8 l. 25 §. 1 l. 40 §. 1 D. h. t.

[3] So hat Justinian in l. 12 C. h. t. entschieden; bei den alten Juristen war dieß streitig, vgl. auf der andern Seite l. 31 D. de dolo 4. 3, l. 3 §. 8 l. 44 §. 2 D. h. t., auf der andern Seite l. 40 §. 1 l. 31 eod. — Wird in Folge der Besitzaufgabe des Vertreters die Sache von einem Andern in

Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder einen Dritten haben zu wollen, wird der Besitz verloren; jedoch kann natürlich dieser Entschluß rechtlich nicht in Betracht kommen, ohne daß er geäußert worden ist[4].

V. Schutz des Besitzes.

Einleitung.

§. 158.

Nachdem der Erwerb und der Verlust des Besitzes bestimmt worden sind, ist von dem rechtlichen Inhalte des Besitzes zu handeln,

---

Besitz genommen, so ist nun freilich der Besitz verloren. Es fragt sich aber, ob auch in diesem Falle bei Grundstücken erforderlich ist, daß der Besitzer von der Occupation des Dritten Kenntniß erhalten habe? Diese Frage muß unbedingt für den Fall bejaht werden, wo die Occupation des Dritten erst nach einem Zwischenraum erfolgt; in diesem Falle wird das occupirte Grundstück so wenig durch einen Vertreter besessen, als wenn von Anfang an keine Vertretung stattgefunden hätte. Wie aber, wenn die Besitzaufgabe des Vertreters und die Inbesitznahme des Dritten in demselben Momente erfolgen, — der Besitzer gibt den Besitz zu dem Ende auf, damit Jener ihn habe? Man wird sagen müssen: da hier der Vertreter sich nicht als Vertreter gerirt, so muß das Gleiche gelten, als wenn gar kein Vertreter da wäre. Dafür spricht auch Sinn und Ausdruck der l. 12 C. h. t., vgl. namentlich die Worte: „nihil penitus domino praeiudicii generetur", und ein Gegenbeweis ist auch in l. 44 §. 2 D. h. t. nicht enthalten. Dieser Punkt ist übrigens sehr bestritten. Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten Savigny S. 441 fg. (372 fg.), Kierulff S. 398, Arndts §. 143 Anm., Keller S. 235, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 43; a. M. Vangerow I §. 209 Anm., H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVIII S. 269—277. 283—285. [Ihering (§. 148 Note *) S. 114 fg. Jahrb. f. Dogm. (a. a. O.) S. 94 fg.]

[4] Wenn es in l. 47 D. h. t. heißt: „si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est", so will hier das „confestim" nicht die Nothwendigkeit der Aeußerung des Entschlusses, sondern die Nothwendigkeit der Kenntniß des Vertretenen von demselben verneinen (vgl. l. 44 §. 2 — l. 46 eod.). In welcher Weise der Entschluß geäußert worden sei, ist gleichgültig, und namentlich darf nicht verlangt werden (wie mit Savigny S. 430—434 [364—367] die herrschende Meinung thut), daß er bei beweglichen Sachen gerade durch eine körperliche Behandlung derselben an den Tag gelegt worden sei. L. 3 §. 18 D. h. t. will nicht sowohl contrectatio für nothwendig, als bloßes Ableugnen, welches die Absicht, die Sache

d. h. die Frage zu beantworten: welche rechtliche Macht gewährt der Besitz? Im Allgemeinen ist auf diese Frage schon oben geantwortet worden. Die rechtliche Macht, welche der Besitz gewährt, ist die, daß der Besitzer verlangen kann, daß Niemand in seinen Besitz mit Eigenmacht eingreife. Der Besitz bildet zwar, wie wir sahen, auch die Grundlage für wichtige Fälle des Eigenthumserwerbes; aber dabei ist er eben auch nur Grundlage eines Erwerbes, eine von mehreren Voraussetzungen, welche in ihrem Zusammensein zu einer rechtlichen Macht führen, es ist nicht der Besitz als solcher, welcher eine rechtliche Macht gewährt. Deßwegen wird von diesen andern rechtlichen Wirkungen des Besitzes nicht in der Lehre vom Besitze, sondern in der Lehre vom Eigenthum gehandelt; in die Lehre vom Besitz gehören nur die rechtlichen Grundsätze über den Schutz des Besitzes. —

Die Eigenmacht, gegen welche der Besitz geschützt wird, kann von doppelter Art sein; sie kann den Besitz nur stören, während sie ihn im Uebrigen bestehen läßt, sie kann ihn aber auch ganz aufheben. —

Der vom römischen Recht gewährte Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht beruht vorzugsweise auf dem prätorischen Edict[1]; für

---

für sich zu haben, keineswegs ohne Weiteres voraussetzt (l. 20 D. h. t.), für nicht hinreichend erklären; so auch l. 1 §. 2 l. 67 pr. D. de furtis 47. 2. Vgl. Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 12 (1854), H. Witte das. XVIII S. 293—299, Baron Jahrb. f. Dogm. VII S. 146 fg. — Was unbewegliche Sachen angeht, so kann auch in diesem Falle der Besitz nicht ohne Vorwissen des Vertretenen verloren werden; auch in diesem Fall gerirt der Vertreter sich nicht als Vertreter. Auch erlaubt l. 47 D. h. t. einen Schluß a contrario. A. M. H. Witte a. a. O. S. 299—301 wegen l. 12. 18 pr. D. de vi 43. 16, welche Stellen aber von einer Dejection des Besitzers reden (in der Person seines Beauftragten). S. auch Baron a. a. O. S. 162—164.

[1] Der Prätor gab zum Schutze des Besitzes interdicta, zum Schutze des Besitzes gegen Störung interdicta retinendae possessionis, zum Schutze des Besitzes gegen Entziehung interdicta recuperandae possessionis. Mit den interdicta retinendae und recuperandae possessionis werden in den Quellen die interdicta adipiscendae possessionis zusammengestellt (Gai. IV. 143—155, §. 2—6 I. de interd. 4. 15); aber die letzteren beruhen nicht auf Besitz, sondern gehen nur auf Besitz, so daß der Gesichtspunkt der Zusammenstellung ein ganz äußerlicher ist. Vgl. übrigens auch Savigny S. 457—461 (385—388). [Ihering (§. 148 Note *) S. 66 fg.] §. 158.

den Fall der Entziehung des Besitzes wurde auch der civilrechtliche Grundsatz, daß Niemand sich ohne rechtfertigenden Grund aus dem Vermögen eines Andern bereichern dürfe, verwerthet. — Neben dem römischen Recht kommen aber auch die modernen Fortbildungen desselben in Betracht.

A. Schutz des Besitzes gegen Störung*.

§. 159.

Gestört, ohne aufgehoben zu werden, wird der Besitz dadurch, daß sich der Wille eines Nichtbesitzers in einer einzelnen Beziehung im Widerspurch mit dem Willen des Besitzers für die Sache geltend macht. Dieß kann entweder dadurch geschehen, daß der Andere selbst auf die Sache einwirkt, oder dadurch, daß er dem Besitzer eine Einwirkung auf die Sache unmöglich macht[1]. Aus einer solchen Störung entsteht für den Besitzer ein Anspruch[2] auf

---

* Dig. 43. 17 Cod. 8. 6 uti possidetis. Dig. 43. 31 de utrubi. — Besondere Behandlungen dieser Lehre sind: Albert über das interdictum uti possidetis der Römer (1824). Wiederhold das Interdictum uti Possidetis und die Novi operis Nunciatio S. 1—63 (1831). Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XI. 9 (1842). Rudorff das. XI. 10 (1842). H. Witte das interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium (1863). (Darüber A. Schmidt von [Ilmenau] Heidelb. Jahrb. LVI S. 689—694 und Dernburg krit. VJSchr. V S. 511—523). S. ferner Vangerow I §. 336 Anm. 1, Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 225—233. 237—239.

§. 159. [1] Beide Fälle faßte das im alten Interdictenverfahren vom Prätor ertheilte interdictum dahin zusammen: es solle der Besitzer nicht verhindert werden, zu besitzen, wie er besitze („uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto", l. 1 pr. D. uti poss. 43. 17). Beispiele: Jemand gräbt, säet, baut auf einem in fremdem Besitz befindlichen Grundstück, er läßt den Rauch von seinem Grundstück auf dasselbe hinüberdringen, er bricht auf seinem Grundstück Steine, daß die Splitter hinüberfliegen; Jemand (z. B. der Miether) verhindert den Besitzer, auf dem besessenen Grundstück zu bauen, das auf demselben stehende Haus zu repariren, über die auf demselben wachsenden Pflanzen zu verfügen. L. 11 D. de vi 43. 16 (über diese Stelle s. Savigny S. 479 Note 2 [401 Note 4], Witte S. 100, vgl. jedoch auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 50), l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5, l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1, l. 3 §. 2—4. 9 D. uti poss. 43. 17, l. 52 §. 1 D. h. t., l. 12 D. comm. div. 19. 3 (vgl. über diese Stelle §. 152 Note 12 a. E.).

[2] Interdictum uti possidetis bei unbeweglichen, interdictum utrubi bei

Wiederaufhebung der Störung, soweit dieselbe nämlich fortdauert, und auf Leistung des vollen Interesse[3]. Daß gegen die Person des Besitzers Gewalt gebraucht worden sei, ist keine Voraussetzung dieses Anspruchs; es reicht hin, daß gegen seinen Willen, d. h. ohne seine Erlaubniß, gehandelt worden sei[4]. Ebenso wenig ist Voraussetzung dieses Anspruchs, daß der Störende den Besitz der Sache für sich selbst in Anspruch nehme, oder auch nur, daß er den Besitz des Gestörten leugne[5]. Dagegen ist es wesentlich, daß

---

beweglichen Sachen. Im Justinianischen Recht ist zwischen beiden Interdicten kein Unterschied mehr, wogegen im klassischen Recht das interdictum utrubi nicht gegenwärtigen Besitz, sondern Besitz die längste Zeit hindurch während des letzten Jahres voraussetzte (l. un. D. de utrubi 43. 31, §. 4 I. de interd. 4. 15 vgl. mit Gai. IV. 150). M. a. W. bei beweglichen Sachen gab es im klassischen Recht keinen Schutz gegen Störung des Besitzes, sondern nur einen, in kurzer Zeit verjährenden, Schutz gegen Verlust des Besitzes, und zwar auf Grund des bloß älteren Besitzes. Nichtsdestoweniger wird das interdictum utrubi sehr ausdrücklich als interdictum retinendae possessionis bezeichnet. Gai. IV. 148, Paul. S. R. V. 6 §. 1. S. darüber Schmidt (von Ilmenau) das Interdictenverfahren der Römer S. 69 Note 55. S. 115 Note 53.

[3] L. 3 §. 9. 11 D. uti poss. 43. 17. Im klassischen Recht war ein Anspruch auf Leistung des Interesse nur wegen der nach ertheiltem Interdicte verübten Störung begründet. Im Justinianischen Recht ist dieß mit dem Interdictenverfahren selbst weggefallen. Vgl. Keller a. a. O. S. 307 fg., Rudorff a. a. O. S. 359. 360, Bruns S. 40—45, Witte S. 98. 99. 102 fg. 117. 128, namentlich aber Schmidt a. a. O. (Note 2) S. 55—70. 321—331. — Kann auch Caution gegen fernere Störung verlangt werden? Savigny S. 489 (409), Bruns S. 52, Schmidt a. a. O. S. 329. 332, Rudorff S. 357 und Anhang zu Sav. Nr. 141, Witte S. 118 fg. Heutzutage verbietet der Richter auf Grund des J. R. A. §. 162 die fernere Störung unter Androhung einer Strafe. — Kann auf Untersagung der Störung auch geklagt werden, ohne daß die Störung bereits erfolgt ist? Vgl. Witte S. 139—141.

[4] Dieß ist der Sinn des prätorischen Spruches: vim fieri veto. L. 11 D. de vi 43. 16. „Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo“. Vgl. l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5, l. 5 D. de S. P. U. 8. 2. Savigny S. 477. 478 (401. 402), Schmidt a. a. O. S. 50. 51.

[5] Das Letztere hält mit Anderen Vangerow I §. 336 Nr. II a. E., auch das Erstere Wiederhold a. a. O. S. 35 fg. und Sintenis I S. 466 für erforderlich. Bruns S. 48. 49 will zwischen der älteren und neueren Zeit unterschieden wissen. Zur Zeit des Gajus sei allerdings das interdictum uti possidetis nur begründet gewesen, wenn der Störende für sich selbst

der Gestörte nicht den Besitz durch eine gegen den Störenden verübte Eigenmacht erlangt habe; aus einer solchen Eigenmacht kann der Störende eine Einrede gegen den Anspruch des Gestörten hernehmen[6]. Der Anspruch fällt weg gegenüber der Ausbessernug einer Cloake[6a]. Er dauert nur so lange, wie der Besitz, auf dem er beruht[6b], und verjährt in einem Jahre[7].

Wenn es nach dem Gesagten auch keine nothwendige Voraussetzung dieses Anspruchs ist, daß derjenige, gegen welchen er erhoben wird, sich selbst den Besitz zuschreibe, so ist dieß doch sehr gewöhnlich der Fall, wenigstens bei Grundstücken. Sehr häufig wird hier der in Anspruch Genommene, was der Gegner Störung seines Besitzes nennt, als Ausdruck eigenen Besitzes bezeichnen, und sich demzufolge seinerseits nicht minder über Störung im Besitze beklagen, wie der Gegner es thut[8]. In einem solchen Falle

---

Besitz behauptet habe; später sei das weggefallen, jedoch müsse auch im neuesten Rechte noch die Störung „jedenfalls stets eine bestimmte Beziehung auf den Besitz an sich haben, einen Angriff auf den Besitz als solchen enthalten". S. gegen diese Beschränkungen Schmidt a. a. O. S. 51 Note 32, Witte S. 100 fg. 139, und vgl. in diesem §. Note 9. 11. Aus der Praxis: für die hier vertheidigte Ansicht: Seuff. Arch. VIII. 49, XII. 33, XIX. 232; dawider I. 60, VII. 41.

[6] L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. „Uti eas aedes, quibus de agitur, *nec vi nec clam nec precario* alter ab altero possidetis . . ." L. 1 §. 5. 9 l. 2. 3 pr. D. eod., l. 17 D. de prec. 43. 26, §. 4 I. de interd. 4. 15. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 110. 111, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 140.

[6a] L. 1 pr. D. h. t. Witte S. 150. 151. S. aber auch Savigny §. 46 g. E.

[6b] §. 4 I. de interd. 4. 15. Witte S. 143—145; a. M. Köppen Erbrecht §. 1 Note 47. Ganz unzweifelhaft ist die Sache doch nicht, da die Institutionenstelle wenigstens zunächst die hier in Frage stehende Function des Interdicts nicht im Auge hat.

[7] Welches aber utiliter berechnet wird. L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. Im klassischen Recht bezog sich die Verjährung nicht auf den aus der Störung, sondern auf den aus dem prätorischen Verbot erwachsenden Anspruch. Schmidt a. a. O. S. 119, Witte S. 125. 129. 143. So weit der Gegner aus der Störung bereichert ist, verjährt der Anspruch in der gewöhnlichen Zeit (l. 4 D. de interd. 43. 1), und so lange die Störung dauert, verjährt er natürlich gar nicht. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 315.

[8] Wegen seiner Gewöhnlichkeit war dieser Fall in der Formel des Interdictes sogleich vorgesehen; das Verbot wurde an beide Parteien gerichtet (l. 1 pr. D. uti poss. 43. 17: „uti eas aedes . . possid*etis*, quominus ita

ist er im Processe nicht bloß Beklagter, sondern auch Kläger[9], und kann daher nicht bloß eigene Freisprechung, sondern auch Verurtheilung des Gegners erzielen[10]. Streiten zwei Parteien um den Besitz, ohne sich gegenseitig Störung desselben vorzuwerfen, so ist die Klage, welche sie gegen einander erheben, keine

---

possid*eatis*, vim fieri veto"). D. h. das interdictum uti possidetis (und ebenso das interdictum utrubi) war ein interdictum duplex. Gai. IV. 160, §. 7 I. de interd. 4. 15, l. 3 §. 1 D. uti poss. 43. 17, l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

[9] Aber er ist Kläger eben auch nur, wenn er es sein will; er ist es nicht nothwendig. Das liegt in der Natur der Sache, und ist nicht bloß heutzutage so, sondern war so auch im klassischen römischen Rechte. Das ertheilte Interdict gab dem Beklagten die Möglichkeit, als Kläger aufzutreten, aber auch nur die Möglichkeit; um wirklich Kläger zu sein, mußte er sponsio und actio begehren. Die Verkennung dieses Punktes, welche selbst wieder mit einem andern Umstande zusammenhängt (Note 11), ist der Hauptgrund der Meinung, das interd. uti possidetis setze Behauptung eigenen Besitzes voraus (Note 5). Daß man sich bei dieser Auffassung, wie jetzt Vangerow thut (Note 5), mit einer Bestreitung des fremden Besitzes begnügt, ist eine inconsequente Abschwächung. Vgl. Bruns S. 53—56, Witte S. 134. Der letztere Schriftsteller regt den Gedanken an („vielleicht"), ob nicht bei der Erklärung des Beklagten, er sei seinerseits der Besitzer, von einem ausdrücklichen Antrag desselben auf Verurtheilung des Klägers abgesehen werden dürfe. — Berufung des Beklagten auf Rechtsbesitz: Witte S. 112 fg. 142—143.

[10] Vorausgesetzt natürlich, daß er eigenen Besitz beweist. Savigny (S. 483 [405]) ist der Ansicht, daß er auch schon dann siege, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers darthue. Dieß haben Andere (Vangerow I §. 336 Nr. I. 4. d, Puchta Inst. II §. 225. 1, Arndts §. 172 Anm. 2, Keller a. a. O. S. 321, Bruns S. 56—61, Seuff. Arch. VII. 41 — dawider Sintenis I §. 46 Note 19 und neuerdings auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 44—45 —) consequent dahin erweitert, daß auch der nicht besitzende Kläger siegen müsse, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten darthue. Das Eine und das Andere ist haltbar nur auf dem Standpunkte derjenigen, welche neben der iniusta possessio den Besitz des eigenmächtig Entsetzten fortdauern lassen (l. 3 pr. D. uti poss. 43. 17), und dieser Standpunkt ist im römischen Rechte nicht zur Geltung gelangt (§. 152 Note 13). S. Schmidt a. a. O. S. 112—115, Brinz S. 82; dagegen aber wieder Arndts §. 172 Anm. 2, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 137, und namentlich Witte S. 60—87. 89 fg. 131 fg. 136; gegen den letzteren wiederum Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI S. 692—693, Dernburg krit. VJSchr. V S. 520 fg.

Klage auf Schutz im Besitze mehr, sondern eine gewöhnliche Anerkennungsklage (Präjudicialklage)[11].

Nach der Praxis wird provisorischer Schutz im Besitze schon demjenigen gewährt, welcher die letzte ruhige Besitzhandlung bescheinigen kann. Dieser Schutz ist aber eben auch nur ein provisorischer; einer weiteren Verhandlung der Parteien darüber, wer wirklich Besitzer sei, wird dadurch nicht präjudicirt[12].

---

[11] Aber im römischen Rechte wurde sie ebenfalls durch Anwendung der interdicta retinendae possessionis erledigt. (Darüber, wie man sich dabei mit dem Erforderniß der vis abfand, s. Bruns S. 43 fg., Schmidt a. a. O. S. 54. 55, Witte S. 48. 53—56, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 31). Ja es wird das Wesen, und sogar der Ursprung, der interdicta retinendae possessionis darein gesetzt, daß durch sie die Frage, wer Besitzer sei, zum Zweck des Eigenthumsprocesses habe entschieden werden sollen. Gai. IV. 148, §. 4 I. de interd. 4. 15, l. 1 §. 2. 3 D. uti poss. 43. 17. Hält man an diesen Aussprüchen einseitig fest (s. namentlich Vangerow I §. 336 Anm.), so bleibt allerdings nichts Anderes übrig, als die Duplicität des interd. uti possidetis für nothwendig zu erklären (Note 9). Aber sie stehen mit dem übrigen Inhalt unserer Quellen in Widerspruch (Savigny S. 476 [399], Bruns S. 46—48, Schmidt S. 53—55). Die Nachricht von dem Ursprung der Interdicte aus dem angegebenen Grunde wollen Rudorff S. 334 und Schmidt S. 187 dadurch vermitteln, daß sie dieselbe von der späteren Aufstellung der duplex formula interdicti verstehen. S. dagegen Witte S. 111. Dieser letztere Schriftsteller bringt den Ursprung des interd. uti possidetis mit der Ertheilung der vindiciae im Vindicationsproceß in Zusammenhang; die dazu nöthige Untersuchung habe der Prätor früher selbst geführt, und auf Grund derselben gegen den Nichtbesitzer das vim fieri veto ausgesprochen; später habe er dieses Verbot sofort an beide Parteien eventuell gerichtet. Hiergegen Schmidt Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 689—694, Dernburg a. a. O. S. 517—520. — Wenn man heutzutage den reinen Besitzesstreit noch als interdictum uti possidetis bezeichnet, so hat das in der That gar keinen Sinn mehr. Für das materielle Recht gewiß nicht; aber ebensowenig für das Proceßrecht: denn auch die Zulässigkeit summarischer Cognition beruht nicht auf der Interdictsqualität, sondern darauf, daß es sich eben nur um Besitz handelt. Briegleb summ. Proz. S. 510. 511, vgl. Seuff. IX. 33.

[12] Possessorium summarium oder summariissimum, im Gegensatz zum possessorium ordinarium. Vgl. über die geschichtliche Entwicklung Bruns S. 182 fg. 260 fg. 375 fg. 397 fg.; über das heutige Recht dens. S. 420, Bayer summar. Proz. §. 66—67, aber auch Briegleb summar Proz. S. 341. 511. Seuff. Arch. IV. 121; XVIII. 251. — Ueber einen anderen Sinn, in welchem der Ausdruck possessorium ordinarium vorkommt, s. u. §. 162 Note 5.

B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung*.

1. Das reine römische Recht.

§. 160.

Nach dem auf dem prätorischen Edict beruhenden Recht, wie es sich bis zu Justinian gestaltet hat, wird der Besitz[1] geschützt gegen Entziehung durch Gewalt und durch Mißbrauch des Vertrauens[2].

---

* Es erscheint zweckmäßig, bei dieser Lehre von der in diesem Lehrbuch sonst festgehaltenen Methode abzuweichen, und die Darstellung historisch zu halten. — Vgl. zum Folgenden außer den im Einzelnen Citirten noch Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 233 fg.

[1] Natürlich nur der juristische Besitz. Für die gewaltsame Besitzentziehung ist dieß bestritten worden (namentlich von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 361 fg. XXIII S. 173 fg., Sintenis I §. 42 Note 24); s. dagegen Savigny S. 175 fg. (155 fg.), Bruns S. 62—66, Vangerow I §. 199 Nr. 2. c. — Für einen ganz speciellen Fall hat Justinian den Nichtbesitzer, dessen Grundstück occupirt worden ist, dem Besitzer gleichgestellt, l. 11 C. unde vi 8. 4. Savigny S. 569—572 (468—470); vgl. aber auch H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 280 (dawider Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 160). §. 160.

[2] Es gibt eine dritte Form eigenmächtiger Besitzentziehung, Inbesitznahme der Sache hinter dem Rücken des Besitzers (clam); wie verhält es sich hier mit dem Besitzesschutz? Für bewegliche Sachen gewährte das interdictum utrubi Hülfe, welches gegenwärtigen Besitz nicht voraussetzte, und bei welchem dem Gegner sein heimlich erlangter Besitz nicht angerechnet wurde, so daß der frühere Besitzer, wenn er nur kein volles Jahr nach der Besitzentziehung verstreichen ließ, immer noch sagen konnte, er habe im letzten Jahre länger besessen als sein Gegner. Durch die im Justinianischen Rechte erfolgte Gleichstellung des interdictum utrubi mit dem interdictum uti possidetis ist hier eine (übrigens großentheils durch die condictio possessionis [§. 161] ausgefüllte) Lücke entstanden. Für unbewegliche Sachen ist ein interdictum de clandestina possessione auch im neuesten Rechte kein Bedürfniß, da durch heimliche Occupation eines Grundstücks der Besitz nicht verloren wird, sondern nur, nachdem der Besitzer davon erfahren, entweder vi oder durch den Entschluß des Besitzers (§. 156 Note 4, und Note 6 a. E. in diesem §.). Wenn nichtsdestoweniger in ganz vereinzelter Weise ein interdictum de clandestina possessione erwähnt wird (l. 7 §. 5 D. comm. div. 10. 3, vgl. auch Cic. in Rullum III. 3 §. 11), so erklärt sich das wohl daraus, daß der erwähnte Satz wahrscheinlich nicht zu allen Zeiten gegolten hat. Savigny §. 41; vgl. auch Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 401. Doch haben sich gegen die Annahme eines interdictum de clandestina posses-

1) Gegen Entziehungen durch Gewalt wird nicht jeder Besitz geschützt, sondern nur der Besitz unbeweglicher Sachen[4]. Gewaltsame Besitzentziehung ist Besitzentziehung durch Geltendmachung physischer Kräfte[5]. Daß es dabei zum Conflicte und zur wirklicher Ueberwältigung des Besitzers gekommen sei, ist nicht nothwendig; wer sich vor der Entfaltung physischer Kräfte ohne Kampf zurückzieht, ist nicht weniger mit Gewalt verdrängt[6]. Anders wenn Jemand sich durch gedrohte Gewalt zu dem Entschlusse bestimmen läßt, seinen Besitz zu übertragen; der unmitelbare Grund seines Besitzesverlustes ist hier eben die Uebertragung,

---

sione auch für die frühere Zeit neuerdings ausgesprochen H. Witte interd. uti possidetis S. 45. 72 und Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 97 fg. Gegen Witte Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 156.

[3] Interdictum unde vi. Dig. 43. 16 de vi et de vi armata, Cod. 8. 4 unde vi.

[4] Das interdictum unde vi bezieht sich auf bewegliche Sachen nicht. L. 1 §. 3—8 D. h. t. Die Lücke wurde auch hier im vorjustinianischen Rechte durch das interdictum utrubi ausgefüllt, und ist im Justinianischen unausgefüllt. Die Ansicht, daß durch das Selbsthülfegesetz vom Jahre 391 (l. 7 C. h. t.) das interdictum unde vi auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden sei (Savigny S. 527 fg. [437 fg.]) ist unhaltbar (§. 6 I. de interd. 4. 15, Puchta §. 135 a, Bruns S. 74—76, Vangerow III §. 691 Anm. 2; s. aber auch Brinz S. 86, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 152).

[5] Beim interdictum uti possidetis ist vis jedes Handeln gegen den Willen des Besitzers (§. 159 Note 4), beim interdictum quod vi aut clam jedes Handeln gegen Widerspruch (l. 1 §. 5—7 D. quod vi aut clam 43. 24). Eine solche vis genügt zur Begründung des interdictum unde vi nicht. Hier ist vis „atrox" erforderlich (l. 1 §. 3 cf. §. 43 D. h. t.), mit welchem Ausdrucke eben der Gegensatz zu jener andern Art der vis, nicht etwa eine besonders grobe Gewaltthätigkeit bezeichnet werden soll (vgl. l. 11 §. 7 D. quod vi aut clam 43. 24, Cic. pro Caec. c. 16). S. aber auch Bruns S. 71. 72. — Vgl. noch l. 1 §. 24. 47 l. 3 §. 8 l. 12. 18 pr. D. h. t.

[6] Vorausgesetzt natürlich, daß die Entfaltung dieser Kräfte wirklich in der Absicht geschehen sei, um ihn aus dem Besitze zu verdrängen. Daß dieß der Fall sei, wird am unzweifelhaftesten sein, wenn in Folge davon das Grundstück wirklich in Besitz genommen worden ist; aber nothwendig ist dieß nicht. Paul. S. R. V. 6 §. 4, l. 1 §. 29 l. 3 §. 6. 7 D. h. t., l. 9 pr. D. quod metus causa 4. 2, l. 33 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Vgl. aber auch Bruns S. 70, Vangerow I. §. 507 Anm. 2. Uebrigens ist der aufgestellte Satz nicht von jeher, und nicht von jeher in diesem Umfange anerkannt gewesen, vgl. l. 1 §. 29 D. h. t., l. 9 pr. D. quod metus causa 4. 2. — Er gilt

und nicht die Gewalt[7]. Ob die Verdrängung durch die eigenen Kräfte des Verdrängenden geschieht, oder mit Benützung der Kräfte Anderer, ist gleichgültig[8], wie es andererseits auch gleichgültig ist, ob die Verdrängung in eigenem Namen geschieht, oder in fremdem[9]. — Aus der gewaltsamen Besitzentziehung erwächst gegen den Verdrängenden ein Anspruch auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes und Leistung des vollen Interesse[10]; der Anspruch dauert jedoch in dieser Strenge nur ein Jahr, nach dieser Zeit haftet der Verdrängende bloß auf das, was er noch hat[11]. Seine Erben haften von vornherein nur in dieser milderen Weise[12], und in gleicher Weise haftet derjenige, in dessen Namen die Verdrängung vorgenommen worden ist, ohne daß er Auftrag zu der-

---

für alle Fälle der Verdrängung, also auch für den Fall, wo das Grundstück zuerst hinter dem Rücken des Besitzers occupirt worden ist. Wenn es in l. 25 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2 heißt, daß in diesem Falle der Besitz animo verloren werde, so ist das eine historische Notiz (l. 1 §. 29 D. h. t.).

[7] L. 5 D. h. t.

[8] L. 1 §. 12—15 l. 3 §. 10—12 D. eod.

[9] L. 1 §. 13 eod.

[10] Ob der Verdrängende den Besitz seinerseits hat oder nicht, ob er ihn überhaupt bekommen hat, und wenn er ihn bekommen hat und nicht mehr hat, in welcher Weise er ihn verloren hat, ist gleichgültig. L. 1 §. 13. 42 l. 15. 16 D. h. t., l. 4 §. 22 l. 33 §. 2 D. de usurp. 41. 3. (Ueber l. 16. cit. s. Savigny S. 535 Note 2 [443 Note 1], aber auch Rudorff Anhang Nr. 153). Zur Leistung des Interesse gehört namentlich auch der Ersatz für die durch die Besitzentziehung verlorenen oder beschädigten Sachen, und die dadurch entzogenen Früchte. L. 1 §. 31—38. 40. 41 l. 6. 19 D. h. t., l. 4 C. h. t. Der Regel gemäß (§. 133 Note 14—18) kann die Höhe des Interesse durch den Eid des Klägers bewiesen werden, l. 9 C. h. t.; s. g. iuramentum Zenonianum Vgl. Savigny S. 539 Note 1 (446 Note 1), Vangerow I §. 171 Anm. Nr. 4, Bayer Vorträge §. 274; Wetzell Civilproceß §. 28 Nr. 1 a. E., Sintenis II §. 86 Anm. 50. — Unterschied zwischen Besitzeswerth und Sachwerth: einerseits l. 3 §. 11 D. uti poss. 43. 17, allenfalls auch l. 6 D. h. t., andererseits l. 1 §. 35. 40. 41 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 8 §. 4. 5 D. de prec. 43. 26. Mommsen Beiträge II S. 246. 247, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 560.

[11] Das Jahr wird auch hier utiliter berechnet, l. 1 pr. §. 39 D. h. t., l. 3 §. 1 eod., l. 2 C. h. t., — Ausnahme von der Verjährung: l. 1 C. si per vim 8. 5.

[12] L. 1 §. 48 l. 2. 3 pr. §. 1 l. 9 pr. D. h. t.. l. 2 C. h. t.

selben gegeben oder sie genehmigt hat[13]. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht[14]. — Die Einrede, daß der Kläger seinerseits durch Eigenmacht den Besitz von dem Beklagten erlangt habe, steht diesem Anspruch nicht entgegen[15].

2) Gegen Entziehung durch Mißbrauch des Vertrauens wird der Besitz geschützt in dem Fall, wo eine Sache einem Andern vergünstigungsweise, d. h. zwar in seinem Interesse, aber auf willkürlichen Widerruf, hingegeben worden ist[16]. Wenn hier der Empfänger die Wiedergabe der Sache verweigert, so kann der Hingebende sie zurückfordern bloß auf Grund seines früheren Besitzes und der jetzigen Vorenhaltung[17], ohne sich auf das zwischen ihm und dem Empfänger bestehende contractliche Verhältniß berufen zu müssen, obgleich ihm auch dieß freisteht[18]. Der Anspruch geht auf das, was der Empfänger noch hat, — auf Leistung des Interesse für das, was er nicht mehr hat, nur insofern, als er es durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verloren hat[19]. Eine Einrede aus fehlerhaftem Besitz kann diesem An-

---

13 L. 1 §. 15 l. 4 D. h. t.

14 L. 7 D. h. t., l. 3 §. 10 D. uti poss. 43. 17.

15 §. 6 I. de interd. 4. 15. Früher galt die Einrede nur gegenüber der vis armata nicht. Savigny S. 540—543 (546—550).

16 Dieß ist der Begriff dessen, was die Quellen precarium nennen. Vgl. II §. 376.

17 Der Prätor gab ihm zu diesem Ende das interdictum de precario. D. 43. 26 de precario, Cod. 8. 9 de precario et Salviano interdicto. [Ihering (§. 148 Note *) S. 97 fg.]

18 Wer etwas als Precarium empfängt, macht sich, indem er es als solches hinnimmt, zur Rückgabe verbindlich (vgl. l. 1 §. 2 D. h. t.). Aber aus dem damit abgeschlossenen Contracte gewährte das römische Recht ursprünglich eine actio nicht, und dieß war eben der Grund, weßwegen der Prätor das interdictum de precario aufstellte (l. 14 D. h. t., l. 14 §. 11 D. de furtis 47. 2). Durch die spätere Einführung der actio praescriptis verbis, oder deren Anwendung auf das Precarium (l. 2 §. 2 l. 19 §. 2 D. h. t., Paul. S. R. V. 6 §. 10, vgl. auch l. 23 D. de R. I. 50. 17), ist das Interdict überflüssig gemacht, aber nicht verdrängt worden (obgleich es nach l. 15 §. 3 D. h. t. durch Stipulation allerdings ausgeschlossen wurde). Für das heutige Recht hat es eine selbständige Bedeutung wieder dadurch bekommen, daß die Proceßführung bei demselben eine summarische ist.

19 L. 2 pr. D. h. t. „Ait praetor: quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas"

spruch nicht entgegengesetzt werden. Dagegen kann der Empfänger sich gegen denselben mit Berufung auf sein Eigenthumsrecht vertheidigen, wenn ihm die Sache als fremde, nicht als eigene hingegeben worden ist[20]. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige[21]. Der Erbe haftet wie der Erblasser, aus der Verschuldung des Erblassers aber nur auf das, was er noch hat[22].

§. 161.

Wiedererstattung eigenmächtig entzogenen Besitzes kann aber auch auf Grund des civilrechtlichen Satzes begehrt werden, daß zurückgefordert werden kann, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund gekommen ist[1]. Damit dieser Satz auf entzogenen Besitz angewendet werden konnte, war nur nöthig, daß der Besitz als ein Vermögensbestandtheil anerkannt wurde, und das römische Recht hat dieß wirklich gethan[2]. Doch

---

Dem dolus steht auch hier die lata culpa gleich. L. 8 §. 3. 5. 6 D. h. t., l. 23 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 8 §. 4 D. h. t.

[20] Denn „receptum est, rei suae precarium non esse", l. 4 §. 3 D. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 6 §. 4 D. h. t.

[21] L. 8 §. 7 D. h. t.

[22] L. 8 §. ult. D. h. t., l. 2 C. h. t. — Bei den römischen Juristen war es übrigens bestritten, ob man vom Erben sagen könne, daß er precario habe. Paul. S. R. V. 6 §. 12, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Savigny S. 560 (462), Schmidt Interd. S. 164. 165; abweichend Vangerow III §. 691 Nr. V. 2.

[1] L. 1 §. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam". L. 6 D. de cond. ob turpem causam 12. 5. S. II §. 421 fg. §. 161.

[2] Für heimliche und gewaltsame Besitzentziehung: l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 pr. §. 1 D. de furtis 47. 2; für Besitzverlust durch Veruntreuung: l. 19 §. 2 D. de prec. 43. 26 (Note 4); für sonstigen Besitzverlust wider Willen des Besitzers: l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1; für Besitzverlust mit dem Willen des Besitzers: l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 31 §. 1 i. f. D. dep. 16. 3, l. 46 l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 pr. l. 21 §. 2 D. quod. met. causa 4. 2; für Besitzverlust durch Verjährung, wenn ein Grund zur Wiedereinsetzung vorhanden ist: l. 23 §. 2 ex quib. caus. mai. 4. 6. Vgl. II §. 421 Note 7.

tritt diese Seite des Schutzes des Besitzes in den Quellen den Bestimmungen des prätorischen Edicts gegenüber entschieden in den Hintergrund[3].

Der Anspruch, welcher aus dem bezeichneten Satze erwächst, ist in allen Fällen begründet, in welchen Jemandem sein Besitz durch fremde Eigenmacht entzogen worden ist[3a]. Er ist also begründet bei gewaltsamer Besitzentziehung nicht bloß was unbewegliche, sondern auch was bewegliche Sachen angeht, er ist ferner begründet bei heimlicher Besitzentziehung, endlich in allen Fällen der Veruntreuung durch denjenigen, welchem das factische Haben der Sache mit der Auflage der Wiedererstattung eingeräumt worden ist[4]. Gerichtet ist der Anspruch gegen denjenigen, welcher sich den fremden Besitz wissend, daß ihm kein Recht zum Besitze zustehe, angeeignet hat, auf Leistung des vollen Interesse[5]; abgesehen von diesem Fall haftet der Entziehende nur auf Heraus-

---

[3] Daraus erklärt es sich, daß diese Seite des Besitzesschutzes in der neueren Zeit wenig beachtet, und z. B. in dem Savigny'schen Buche ganz übergangen worden ist. Es ist das Verdienst von Bruns (S. 27—33), sie wieder hervorgezogen zu haben. Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 161.

[3a] Vgl. II §. 422 Note 3.

[4] Er ist also begründet nicht bloß gegen denjenigen, welcher precario empfangen hat, sondern auch gegen den Depositar, Leiher, Miether ꝛc. Vgl. l. 19 §. 2 D. de prec. 43. 26 („cum quid precario rogatum . . est, uti possumus . . incerti condictione), wo die incerti condictio von einer condictio rei nicht verstanden werden kann. Auch l. 13 §. 1 D. dep. 16. 3 (— „competit etiam condictio depositae rei nomine") drückt sich ganz allgemein aus, während l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1 (— „res pignori data pecunia soluta condici potest") unmittelbar nur für die condictio rei beweist. Vgl. Bruns S. 37 unt. [Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 4].

[5] In diesem Falle ist bei beweglichen Sachen ein furtum vorhanden (II §. 452), und s. l. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 7 §. 2 l. 8 pr. §. 1 l. 10 pr. i. f. eod. (vgl. damit l. 1 §. 31. 41 l. 6 D. de vi 43. 16, l. 1 §. 34. 42 l. 19 eod., l. 4 C. unde vi 8. 4). Vgl. II §. 425. Was Grundstücke angeht, so ist für den Fall gewaltsamer Besitzentsetzung eine condictio nach Analogie der condictio furtiva ausdrücklich anerkannt (l. 1 §. 1 l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2), und es ist wohl unbedenklich, dieß auf den Fall der Veruntreuung zu erstrecken. (Besitzesverlust durch heimliche Besitzentziehung gibt es bei Grundstücken nicht, §. 160 Note 2). — Abweichend übrigens Bruns S. 33 und nach ihm die erste Auflage.

gabe dessen, was er hat oder durch seine Schuld verloren hat[6]. Eine Einrede fehlerhaften Besitzes ist gegen diesen Anspruch nicht begründet[7]; dagegen gilt für denjenigen, welchem die Sache mit der Auflage der Wiedererstattung übergeben worden ist, die Vertheidigung eigenen Eigenthums, wenn ihm die Sache als fremde, nicht als eigene übergeben worden ist[8]. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige. Die Erben haften wie der Erblasser[9].

2. Nachrömische Fortbildungen.

§. 162.

Nach canonischem Recht geht der Anspruch aus eigenmächtiger Besitzentziehung nicht bloß gegen den Entziehenden selbst, sondern auch gegen alle Dritte, welche von dem Entziehenden die Eigenmacht kennend den Besitz erlangt haben[1]. Außerdem haften auf Grund des canonischen Rechts die Erben, auch wo der in §. 161 bezeichnete Anspruch nicht Platz greift, jedenfalls bis zum Belange der Erbschaft[2].

Das canonische Recht hat ferner dem eigenmächtig aus dem Besitz Verdrängten die Befugniß gegeben, bis zur erfolgten Wiederherstellung des früheren Zustandes jeden Anspruch des Ver-

---

[6] S. II §. 424 Note 3.

[7] A. M. Bruns S. 32 mit Berufung auf den hier nicht gebilligten Satz (§. 159 Note 10), daß der unrechtmäßig Verdrängte Sieger im interdictum uti possidetis sei. Rudorff Anhang zu Sav. S. 712. 713 denkt an die exceptio doli aus der Gegenforderung; aber l. 14 §. 2 C. de compens. 4. 31 spricht ohne Beschränkung.

[8] L. 15 D. dep. 16. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17; s. auch §. 160 Note 20. [Vgl. Ihering (§. 148 Note *) S. 137 fg. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. S. 117 fg.]

[9] Auch bei der condictio furtiva. S. II §. 359 Note 18. §. 425 Note 4.

[1] C. 18 X. de rest. spol. 2. 13 (Innocent. III. a. 216). Bruns S. §. 162.
177—181.

[2] Nach der im canonischen Recht für die Delictsansprüche anerkannten Regel: „heredes juxta facultates suas condigne satisfaciant" (c. 5 X. de raptor. 5. 17), was aber die Praxis von jeher in der im Text bezeichneten Weise verstanden hat. S. II §. 359 Note 16.

drängenden abzuweisen; jedoch muß er die Eigenmacht binnen 15 Tagen darthun[3].

Dieß sind gesetzlich anerkannte Fortbildungen. Viel weiter ist die an das römische Recht sich anlehnende, in Italien ausgebildete, in Deutschland recipirte Doctrin gegangen. Nach derselben soll ein Anspruch begründet sein:

1) in allen Fällen, wo der Besitz unfreiwillig, wenn auch nicht durch fremde Eigenmacht, verloren worden ist, z. B. bei verlorenen, weggeschwemmten rc. rc. Sachen;

2) nicht bloß für den juristischen Besitzer, sondern auch für den Detentor;

3) gegen jeden dritten Inhaber der Sache;

4) es soll der Kläger nicht zu beweisen brauchen, daß er den Besitz unfreiwillig verloren habe, sondern der Beklagte beweisen müssen, daß der Verlust in einer denselben rechtfertigenden Weise eingetreten sei;

5) der Anspruch soll in gleicher Weise bei beweglichen, wie bei unbeweglichen Sachen gelten, und

6) nur der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterliegen.

In seiner historischen Entwicklung weist dieser exorbitante Besitzesschutz auf zwei verschiedene Wurzeln zurück, und erscheint demnach (in Deutschland) theils als Spolienklage[4], theils als s. g.

---

[3] Exceptio spolii. C. 1 de rest. spol. in VI° 2. 5. (Innocent. IV. a. 1245). Bruns §. 16—23.

[4] Die Spolienklage ist aus derselben Quelle hergeleitet worden, aus welcher auch die später gesetzlich anerkannte exceptio spolii geflossen ist, nämlich aus dem von Pseudo-Isidor aufgestellten, in Gratian's Decret aufgenommenen, Satz, daß ihrer Diöcese oder ihres Vermögens beraubte Bischöfe vor der Restitution von jeder Criminalklage frei seien. Hauptstelle in Gratian's Decret ist der berühmte canon *Redintegranda* (c. 3 C. 3 qu. 1). „Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscantur, [ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum]. Die eingeklammerten Worte fehlen bei Gratian, und sind erst von den römischen Correctoren des Decrets wieder hinzugefügt worden). Das auf diese Stelle gegründete Klagerecht (condictio ex ca-

possessorium ordinarium[5]. Gegen denselben hat sich seit dem 17. Jahrhundert eine lebhafte Opposition erhoben, welche im 18. Jahrhundert namentlich durch J. H. Böhmer getragen, im 19. durch Savigny in der Theorie fast vollständig zum Siege gelangt, aber weit davon entfernt ist, in der Praxis durchgedrungen zu sein[6]. Auch läßt sich nicht verkennen, daß die alte Lehre nicht in allen Punkten gleich verwerflich ist[6a]. Am Wenigsten läßt sich sagen für die Befreiung des Klägers vom Beweise[7], und für die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf den bloßen Detentor[8]; dagegen füllt die Ausdehnung desselben auf bewegliche Sachen einerseits eine Lücke des römischen Rechts aus (§. 160 Note 2. 4), und ist andererseits theilweise in demselben unmittelbar begründet (§. 161). Das Letztere gilt auch von der Ausschließung der einjährigen Verjährung, und von der Erstreckung des Besitzesschutzes

---

none [Redintegranda]) ging mit der italienischen Theorie auch nach Deutschland über, und nahm hier seit dem Ende des 17. Jahrhunderts den Namen actio spolii an. S. über das Nähere der Entwicklung Bruns §. 27 (vgl. §. 21—23). 32. 44 (S. 373—375). 45 (S. 389—397). 46 (S. 417—419), und Maaßen Jahrb. des gem. R. III. 8.

[5] Das s. g. possessorium ordinarium ist das römische interdictum uti possidetis, aber dadurch mit recuperatorischer Wirkung ausgestattet, daß man in Anlehnung an Sätze theils des römischen, theils des deutschen Rechts den unfreiwillig verlorenen Besitz als fortdauernd annahm. Eine besondere Phase der Entwickelung des ordinarium ist diejenige, welche in Deutschland im 18. Jahrhundert aufgetreten, aber zu gemeinrechtlicher Anerkennung nicht gelangt ist, daß man auf Grund einer unrichtigen Interpretation des c. 9 X. de prob. 2. 19 dasselbe auffaßte als Klage auf Wiedererlangung eines verlorenen titulirten Besitzes; dadurch hörte es ganz auf, Besitzesklage zu sein, und das summariissimum rückte an die Stelle des uti possidetis hinauf. S. über das Nähere Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 33—74. 85—95.

[6] Bruns Bes. S. 389—397. 418. 419, vgl. Jahrb. a. a. O. S. 95. Das Seuffert'sche Archiv gewährt nur geringe Ausbeute. S. I. 224, III. 56. 173, V. 23, IX. 158, XIX. 46; VII. 270. Vgl. auch Holzschuher II §. 90.

[6a] [Vgl. zum Folgenden noch Ihering (§. 148 Note *) S. 96 fg. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. S. 82 fg.]

[7] Bruns Bes. S. 396. Vgl. aber auch Jahrb. a. a. O. S. 106—109.

[8] Dieselbe wurde vorzugsweise auf eine irrige Auffassung des römischen Rechts gestützt. Bruns S. 394. [Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 30 (Seuff. Arch. XXII. 147). 31.]

auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzesverlustes[9], und endlich läßt sich auch, was die Haftung des dritten Besitzers angeht, so viel wohl rechtfertigen, daß der unredliche dritte Besitzer überhaupt für haftbar erklärt wird[10].[11]

---

[9] Die condictio possessionis ist auch in diesem Falle begründet, geht freilich nicht so weit wie das inderdictum unde vi. S. §. 161 Note 5 und 6. Vgl. l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1. Seuff. Arch. XIX. 152. Auch die Zulassung des interdictum unde vi hat übrigens in den Quellen einen Anhalt, nämlich in der Bestimmung über die Zulässigkeit desselben bei Occupation einer vacua possessio absentis (l. 11 C. unde vi 8. 4). Bruns Jahrb. a. a. O. IV S. 101. 65. Vgl. auch Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 261—262.

[10] Nach Analogie der Bestimmung des canonischen Rechts über die Haftung des unredlichen Besitzsuccessors; es ist kein Grund vorhanden, warum derjenige, welcher ohne allen Rechtsgrund in den Besitz der Sache gelangt, besser gestellt sein sollte. Vgl. Bruns S. 100. Ziebarth a. a. O. S. 260—261.

[11] In der neueren Zeit hat Delbrück in seiner Schrift über „die dingliche Klage des deutschen Rechts" (Leipzig 1857) nachzuweisen gesucht, daß der Spolienklage und dem poss. ordinarium eine ursprüngliche deutsche Rechtsanschauung zu Grunde liege, welche sich in dieser Verkleidung durch alle Zeiten hindurch erhalten habe, die Rechtsanschauung nämlich, daß der bloße ältere Besitz Anspruch auf Schutz gewähre. Delbrück stellt demgemäß folgende Sätze auf, denen er unmittelbar Geltung für das heutige Recht zuschreibt. 1) Jeder, welcher einmal besessen hat, kann auf Grund dieses Besitzes von jedem späteren Besitzer Herausgabe der Sache verlangen, wenn derselbe nicht einen Titel für seinen Besitz nachweisen kann, oder daß er schon einmal noch früher als der Kläger besessen habe, oder daß der Kläger die Sache veräußert habe, oder sich in mala fide befinde. 2) Derjenige, welcher den Besitz ohne seinen Willen verloren hat, kann Herausgabe der Sache auch von dem titulirten Besitzer verlangen. 3) In dem einen und dem anderen Falle ist aber der Anspruch kein possessorischer, sondern ein dinglicher, eine Vindication. Gegen diese neue Theorie hat sich in einem ausführlichen Aufsatz Bruns (Jahrb. des gem. R. IV. 1 [1860]), erklärt (vgl. auch Bluntschli krit. Ueberschau VI S. 189 fg., Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 207—225, Sintenis I §. 46 Note 24. §. 53 Note 2, Vangerow I §. 335 a. E.), während sie von dem Verfasser des Art. „Vindication" in Weiske's RLex. (XIII S. 105 fg.), Heimbach, vollständig aufgenommen worden ist. Mir scheint der erste der Delbrück'schen Sätze ohne allen Halt zu sein, obgleich sich Delbrück dafür sogar auf gesetzliche Aussprüche beruft (c. 9 X. de prob. 2. 19 und P. G. O. Art. 208, vgl. aber dawider Maaßen Jahrb. d. gem. R. II. 13 und Bruns a. a. O. S. 74—85). Dagegen glaube ich, daß die

VI. Rechtsbesitz*.

§. 163.

Besitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache; Sachbesitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen; von Rechtsbesitz redet man, wenn die thatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in dieser oder jener einzelnen ihrer Beziehungen erfaßt (§. 151). Der Ausdruck ist wenig entsprechend; man sagt, ein Recht werde besessen, und meint damit, daß derjenige Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt dieses Recht ausmachen würde, thatsächliche

---

Frage, ob nicht die Ausdehnung des possessorischen Schutzes auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzesverlustes und auf jeden dritten Besitzer eine Stütze in dem älteren deutschen Rechte finde, eine wohl aufzuwerfende ist, obgleich doch auch in dieser Beziehung das Gewicht der Gegenbemerkungen von Bruns a. a. O. 21—33 nicht zu verkennen ist. (Die Punkte, auf welche es hier ankommt, sind folgende. 1. War der Grund, warum im alten deutschen Recht der ohne seinen Willen aus dem Besitz Verdrängte auf die bloße Behauptung seines Eigenthums hin, bei mangelnder besserer Eigenthumsbehauptung des Beklagten, zur Beschwörung seines Eigenthums zugelassen wurde, in der That der Umstand, daß er früher besessen hatte? [Bruns S. 23—30]. 2. Wurde er auch bei Immobilien bloß auf Grund des älteren Besitzes zum Eide zugelassen? [Bruns S. 24]. 3. Wenn und insofern er bloß auf Grund des älteren Besitzes zum Eide, d. h. zur Beschwörung seines Eigenthums, zugelassen wurde, folgt daraus, daß er, nachdem das alte germanische Eidesrecht sich in eine Beweispflicht verwandelt hatte, ohne allen Beweis seines Eigenthums Schutz in Anspruch nehmen konnte? [Bruns S. 30—33]). — Zu wesentlich gleichen Resultaten wie Delbrück gelangt jetzt durch eine andere Art der Beweisführung, die aber weit davon entfernt ist, überzeugend zu sein, übrigens ebenfalls mit Berufung auf das ältere deutsche Recht, Ziebarth in der in Note 9 genannten Schrift S. 257 fg. 292 fg. — [Delbrück Jahrb. f. Dogm. X. 2 (aus seinem Nachlasse). Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters (1869) §. 12 fg.; darüber Stobbe krit. VJSchr. XI S. 241 fg.]

* Roßhirt Arch. f. civ. Pr. VIII. 1 (1825). v. Buchholtz Versuche Nr. 8 (1831). Heerwart Zeitschr. f. Civ. und Pr. XII. 6. 9 (1839) Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 1 Nr. 12 (1844). Elvers die römischen Servitutenlehre §. 62. 79—83 (1856). Namentlich aber Randa (§. 148*) §. 24—36, bei Weitem das Eingehendste, was bisher über den Rechtsbesitz geschrieben worden ist.

Geltung habe. — Die dem modernen Rechte angehörende weitere Entwicklung des Begriffes des Rechtsbesitzes, wonach Rechtsbesitz auch in solchen Fällen angenommen wird, wo ein nicht auf die Beherrschung einer Sache gerichteter Wille zur thatsächlichen Herrschaft gelangt ist, gehört nicht hierher (§. 151 Note 4).

Nicht alle Rechte an Sachen können besessen werden. Das hat den Sinn: nicht alle Rechte an Sachen haben einen solchen Willensinhalt, daß die thatsächliche Geltendmachung desselben einen bleibenden Zustand herbeiführte. Aus diesem Grunde gibt es keinen Besitz des Pfandrechts[1]. Anders beim Faustpfande; obgleich die positive Bestimmung des römischen Rechts hier Sachbesitz angenommen hat[2].

Die Grundsätze über die Möglichkeit des Rechtsbesitzes sind dieselben, wie beim Sachbesitze (§. 152). Nur ergibt sich aus dem Begriffe des Rechtsbesitzes als einer beschränkten Herrschaft über die Sache, daß nicht in gleicher Weise wie nur Ein Sachbesitz, so auch nur Ein Rechtsbesitz an derselben Sache möglich ist.

Auch der Erwerb und der Verlust des Rechtsbesitzes stehen unter denselben Grundsätzen, wie der Erwerb und der Verlust des Sachbesitzes. — Erworben wird der Rechtsbesitz dadurch, daß die gewollte Herrschaft über die Sache thatsächlich vorhanden ist. Ist der Wille auf einen bleibenden Zustand der Sache gerichtet, so ist dazu erforderlich, daß die Sache sich in diesem Zustand wirklich befinde[3], aber eben auch in Folge des Willens befinde[4].

---

§. 163. [1] Der Pfandgläubiger darf die Sache verkaufen; das ist eine vorübergehende und sich nicht wiederholende Handlung. Er darf sich zwar auch in den Besitz der Sache setzen; aber dieser Zustand ist nicht auf die Dauer berechnet, sondern bestimmt, sogleich durch den Verkauf wieder aufzuhören.

[2] §. 154 Note 3. Ohne Zweifel ist dieß zu einer Zeit geschehen, wo der Rechtsbesitz noch nicht ausgebildet war; man hätte sonst nicht, um den praktischen Zweck der Sicherstellung des Faustpfandgläubigers zu erreichen, zu einer Ausnahmebestimmung gegriffen.

[3] L. 20 pr. D. de S. P. U. 8. 2.

[4] Dieß ist namentlich von Wichtigkeit für diejenigen Fälle, wo der Wille darauf geht, daß mit einer Sache etwas nicht vorgenommen werde. Der Besitz ist hier dem Wollenden nicht dadurch ohne Weiteres erworben, daß auf die Sache in der betreffenden Weise nicht eingewirkt ist, sondern nur

Ist der Wille auf vorübergehende, sich wiederholende Einwirkungen gerichtet, so ist auch hier so wenig wie beim Sachbesitz erforderlich, daß auf die Sache wirklich eingewirkt sei, sondern es genügt die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit der Einwirkung[5]. Der der thatsächlichen Herrschaft entsprechende

---

dadurch, daß die Einwirkung in Folge seines Willens unterbleibt. Im Einzelnen kann dieß noch in verschiedener Weise hervortreten, entweder dadurch, daß eine versuchte Einwirkung auf seinen Widerspruch hin unterlassen wird, oder dadurch, daß ihm von dem Unterlassenden ein Recht zum Widerspruch eingeräumt wird. In l. 6 §. 1 D. si serv. vind. 8. 5 bezeichnet possessor nicht den Besitzer, sondern denjenigen, für welchen das thatsächliche Verhältniß spricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. (Anders Savigny S. 603 Note 1 [493 Note 5]; noch anders Randa §. 28 Note 4; vgl. auch Bethmann-Hollweg Jahrb. f. wissensch. Kritik 1838 S. 208 [Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 167]). Seuff. Arch. VI. 15, XIV. 13, XVI 7, vgl. XVIII. 249. — Den alten Irrthum, daß das bloße Nichtthun des Gegners den Besitz der negativen Servitut gebe, vertheidigt jetzt wieder Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 155 fg., mit Berufung darauf, daß der vorhandene Zustand durch die operis novi nuntiatio geschützt sei (vgl. S. 104 fg.). S. dagegen auch Randa §. 28 Note 4. — Daß der in Folge meines Willens Unterlassende der Eigenthümer der Sache sei, ist nicht erforderlich. Randa S. 322—323.

[5] Wenn die Quellen zum Erwerbe des Rechtsbesitzes „usum iuris", also die wirkliche Ausübung des betreffenden Rechts, das wirkliche Früchteziehen, wirkliche Gehen 2c. verlangen (l. 20 D. de serv. 8. 1), so thun sie das nur in dem Sinne, daß damit das thatsächliche Machtverhältniß über allen Zweifel hinaus erhoben ist. Aber so wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Einwirkung auf die Sache erforderlich ist (§. 153 Note 2—4) so wenig kann sie für die Erwerbung des Rechtsbesitzes erforderlich sein; diese Consequenz ist nicht abzuweisen. Auch wird beim Nießbrauch Besitzübertragung angenommen, wenn der Eigenthümer den Nießbraucher „induxerit in fundum, eumve patiatur uti frui", l. 3 pr. D. de usufr. 7. 1. Wird freilich die betreffende Handlung nie vorgenommen, so darf kein Besitz angenommen werden, weil daraus folgt, daß der Besitzeswillle nie vorhanden gewesen, oder wieder aufgegeben sei; aber wird sie vorgenommen, so ist der Besitz nicht erst mit ihr, sondern bereits mit jener unmittelbaren und gegenwärtigen Möglichkeit erworben. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II S. 166, Bruns S. 475. 476; dagegen Th. Muther die Ersitzung der Servituten S. 43 Note 41, Elvers die römische Servitutenlehre S. 675—676, Randa §. 26 Note 1 und S. 310. 311 (jedoch unter Anerkennung, daß zum Erwerbe der mit der Detention der dienenden Sache verbundenen persönlichen Dienstbarkeiten Detention genüge).

[6] Die Quellen drücken das hier (vgl. §. 149 Note 5) geradezu so aus,

Wille muß auch hier darauf gerichtet sein, die Herrschaft für sich, nicht für einen Andern zu haben[6]. — Soll der Rechtsbesitz durch einen Vertreter erworben werden, so ist erforderlich, daß der Vertreter nicht seinen eigenen[7], sondern des Vertretenen Willen[8] gegen die Sache habe geltend machen wollen, und zwar nicht kraft eigenen Rechtes[9]. Besitzeswille des Vertretenen wird natürlich auch hier vorausgesetzt[10]. — Verloren wird der Rechts-

---

daß sie sagen, es sei erforderlich der Wille, ein eigenes Recht auszuüben (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 7 D. de itin. 43. 19). Es ist also nothwendig 1) überhaupt der Wille, eine Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 1 §. 6 l. 7 D. de itin. 43. 19) [Seuff. Arch. XX. 212]; 2) der Wille, eine eigene Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6). Eine eigene Herrschaft übt aber auch derjenige aus, welcher ein fremdes Recht kraft eigenen Rechts ausübt, wie z. B. eine Grunddienstbarkeit kraft Nießbrauches an dem herrschenden Grundstück. L. 3 §. 5 D. de itin. 43. 19, l. 2 §. 3 si serv. 8. 5, vgl. l. 22 D. quemadm. serv. 8. 6. Und wer ein fremdes Recht precario ausübt, wird, was den Besitzesschutz angeht, als Besitzer des Rechts in derselben Weise anerkannt, wie als Sachbesitzer anerkannt wird, wer eine Sache precario empfangen hat (§. 154 Num. 2). L. 1 §. 11 D. de itin. 43. 19. Abweichend in Betreff der beiden hier genannten Fälle Randa S. 284—286). Nicht erforderlich ist der Wille, die eigene Herrschaft gerade als Recht an einer fremden Sache auszuüben. Seuff. Arch. VII. 154, VIII. 292, [XVII. 14, XX. 19, XXII. 23]. Für das Gegentheil das. VIII. 220. 236, [XXII. 22]. Vgl. XIV. 96. Ueber das Ganze: Elvers a. a. O. S. 681—685, Randa §. 25. In Betreff des Beweises s. Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 243 fg., Randa S. 280—281; Seuff. Arch. V. 255, IX. 133. 134, XIV. 14. 211, XV. 108, XIX. 216, [XX. 19. 210. 211, XXII. 219. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 104].

[7] L. 1 §. 8 D. de itin. 43. 19.

[8] L. 1 §. 7 11 l. 3 §. 4 D. de itinere 43. 19. Seuff. Arch. II. 11, XIV. 212; II. 11, III. 11; III. 10, IV. 205; XII. 231; XIII. 84. Vgl. auch XIX. 127. — Merkwürdig ist die Entscheidung der l. 1. §. 11 D. de itin. 43. 19, daß es (den rechten Besitzeswillen des Vertretenen vorausgesetzt) nicht schaden soll, daß der Vertreter precario gehandelt habe.

[9] L. 3 §. 4 eod.: — „per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere Iulianus ait." Vgl. Note 6. Randa S. 295. 340 meint, es werde in der genannten Stelle Mangel des Besitzeswillens beim Eigenthümer vorausgesetzt; darnach würde die Stelle sagen, daß „per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites" Besitz ohne Besitzeswillen erworben werden könne.

[10] Die Meinung, daß Jemandem der Besitz einer Grunddienstbarkeit

besitz, wie der Sachbesitz, durch Unmöglichwerden der factischen Herrschaft[11], und durch Aufgabe des Besitzeswillens[12].

---

durch einen Vertreter ohne eigenen Besitzeswillen erworben werden kann, wenn die Ausübung nur fundi nomine geschehen sei (Unterholzner Verjährungslehre II §. 194, Seuff. Arch. II 135, XII. 231) ist ohne Grund. S. l. 1 §. 11 D. de itinere 43. 19. Randa S. 340; Seuff. Arch. III. 10. 11, IV. 205. Anders was die Fortsetzung des Besitzes angeht. S. Note 12.

[11] Also nicht durch Unterbrechung der Ausübung derselben. Wenn es in l. 14 pr. D. de serv. 8. 1 heißt: „nemo .. tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur", so ist das eine Betrachtung, welche lediglich zu dem Zwecke angestellt wird, um die Unzulässigkeit der usucapio bei Servituten theoretisch zu erklären, die aber weder für die Servitutenersitzung, noch für den Interdictenschutz bei den Servituten die geringste praktische Bedeutung gewonnen hat. — Savigny S. 577. 586 (474. 481) nimmt an, der Besitz von persönlichen Dienstbarkeiten und von solchen Grunddienstbarkeiten, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht, sei bei Unterbrechung der Ausübung in suspenso; werde die Ausübung innerhalb der für den Verlust des Rechts durch Nichtausübung festgesetzten Zeit wiederholt, so sei der Besitz nie, widrigenfalls von allem Anfang an verloren gewesen. Uebereinstimmend Heerwart S. 157; dawider Puchta kl. civil. Schriften S. 454, Böcking §. 126 Note 27, Randa §. 34 Note 1. Der Irrthum, welcher dieser Ansicht zu Grunde liegt, ist der, daß der Verlust jener Dienstbarkeiten an fortgesetzten Nichtbesitz angeknüpft sei. Vgl. §. 216 Note 2[a]. Uebrigens hat Savigny selbst in der 6. Aufl. diese Ansicht, was den Ersitzungsbesitz angeht, aufgegeben. — Bei Grunddienstbarkeiten tritt Unmöglichkeit der Ausübung auch mit dem Verlust des Besitzes des herrschenden Grundstücks ein. Unterholzner Verjährungslehre II §. 177, Puchta kl. civil. Schriften S. 455, Böcking §. 126 Note 26, Randa §. 35 Note 11. [Oeffentliches Verbot: Seuff. Arch. XXII. 21.]

[12] Stellt sich der Besitz in einzelnen sich wiederholenden Handlungen dar, so kann die Aufgabe des Besitzeswillens auch aus einer längeren Nichtwiederholung derselben geschlossen werden. Unterholzner Verjährungslehre II §. 214, Elvers S. 679. 680, Randa §. 33 Note 4, Savigny S. 579 Note 2 (475 Note 2) (was den Ersitzungsbesitz angeht). Vgl. §. 213 Note 3. — Da der Besitzeswille vorhanden ist, so lange er nicht aufgegeben ist, so folgt, daß Besitzhandlungen, welche im Namen eines Anderen vorgenommen werden, was die Fortsetzung des Besitzes angeht, dem Anderen anzurechnen sind, auch wenn sie ohne seinen Willen vorgenommen worden sind. S. l. 12 §. 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1, l. 5. 6. 16. 20—24 D. quemadm. serv. 8. 6. Randa S. 340. 346.

§. 164*.

Was den Schutz des Rechtsbesitzes angeht, so ist zwischen den verschiedenen Fällen zu unterscheiden.

1) Ist der Rechtsbesitz mit der Detention der beherrschten Sache verbunden, wie z. B. der Besitz des Nießbrauchs, so finden die Grundsätze über Störung und Entziehung des Sachbesitzes unmittelbare Anwendung[1].

2) Stellt der Rechtsbesitz sich in einer Veranstaltung an einer Sache dar, welche wir im juristischen Besitze haben, so z. B. wenn an dem von uns besessenen Hause ein Vorbau angebracht ist, welcher über des Nachbarn Grundstück hinüberragt, so ist jeder Eingriff in den Rechtsbesitz Störung des Sachbesitzes[2].

3) Von den andern Fällen des Rechtsbesitzes sind im römischen Rechte folgende vorgesehen.

---

* Vgl. zum Folgenden außer den zum vorigen §. Citirten noch Holzschuher II S. 54 fg.

§. 164. [1] Interdictum unde vi bei der Superficies: l. 1 §. 5 D. de vi 43. 16; bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 3 §. 13—17 l. 9 §. 1 l. 10 D. eod., l. 60 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de don. 39. 5. Interdictum uti possidetis bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 4 D. uti poss. 43. 17. Bei Superficies ein besonderes interd. de superficiebus, aber ganz nach den Grundsätzen des interd. uti possidetis: l. 1 pr. §. 2 D. de superfic. 43. 18 (Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 229—231). Auch auf Nießbrauch und Gebrauchsrecht fand früher das interd. uti possidetis nur mit veränderter Formel Anwendung, und ebenso das interd. unde vi, Vat. Fr. §. 90 91 (vgl. Bruns S. 86—88, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 340 —346, Elvers Serv. S. 668—670). [Ueberhaupt, und über den Besitzesschutz bei Superficies im Besonderen, Degenkolb Platzrecht und Miethe (1867) S. 55 fg.] Interd. de precario: l. 2 pr. §. 3 D. de prec. 43. 26. Auch die nachrömischen Fortbildungen des Besitzesschutzes finden Anwendung.

[2] L. 3 §. 5. 6 D. uti poss. 43. 17, l. 8. §. 5 D. si. serv. 8. 5. vgl. l. 20 pr. l. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2. Andere bestreiten die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis für diesen Fall, und namentlich erklärt sich mit Eifer dagegen Vangerow I §. 335 Anm. 2 Nr. 2. b. c, vgl. auch Sintenis §. 65 Note 46. S. aber Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 349 —352 und Anhang zu Sav. Nr. 170, Puchta Vorl. I S. 301. 302, Bruns S. 89, Schmid Interd. S. 63. 64, Brinz S. 96, Arndts §. 192 Anm 4, Witte interd. uti possidetis S. 102—105, Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 137 fg. 145 Note 122.

a) Besitz einer Wegegerechtigkeit[3]. Schutz gegen Störung desselben wird nur dann gewährt, wenn die Wegegerechtigkeit in dem letzten Jahre wenigstens dreißig Mal ausgeübt worden ist[4], und zwar dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft[5]. Ueberdieß bezieht sich dieser Schutz nur auf den Besitz ländlicher Wegegerechtigkeiten[6]. Wer den schadhaft gewordenen Weg repariren will, kommt mit dem Beweise des Besitzstandes nicht aus, sondern muß das Recht selbst beweisen[7].

b) Besitz einer Wasserleitungsgerechtigkeit[8]. Schutz gegen Besitzesstörung wird hier schon gewährt, wenn die Gerechtigkeit im letzten Jahre nur einmal ausgeübt worden ist[9]. Ist die Wasserleitung bestimmt, bloß im Sommer oder bloß im Winter benützt zu werden, so genügt einmalige Ausübung in diesem oder dem letzten Sommer bez. Winter[10]. Auch hier muß die Aus-

---

[3] Dig. 43. 19 de itinere actuque privato. — Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen Nr. 1: Versuch einer ausführlichen exegetisch praktischen Darstellung des possessorischen interd. de itinere actuque privato (1826). Althof das interd. de itinere actuque privato (1836). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 463 fg.

[4] L. 1 pr. §. 2 D. h. t. Dabei können aber auch die Ausübungsacte desjenigen, von dem man das herrschende Grundstück erworben hat, gerechnet werden. L. 3 §. 6—10 l. 6 D. h. t., l. 2 §. 3 D. si serv. 8. 5, l. 2 §. 3 D. de interd. 43. 1. Die von Althof a. a. O. aufgestellte und von Vangerow I §. 355 Anm. 1 und Holzschuher II S. 59 gebilligte Erklärung der l. 1 §. 2 D. h. t., wonach nicht dreißigmalige Ausübung im letzten Jahre, sondern nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre, aber von der Art, daß die erste von der letzten mindestens um dreißig Tage entfernt ist, erforderlich sein soll, ist nicht zur Anerkennung gelangt. [Seuff. Arch. XXII. 46.]

[5] L. 1 pr. §. 12 l. 3 §. 2 D. h. t. Seuff. Arch. XIX. 45.

[6] L. 1 §. 1 D. h. t.

[7] L. 3 §. 11. 13 D. h. t. Daneben ist aber auch actio confessoria zuläßig, bei welcher Beweis des Besitzstandes nicht erforderlich ist, l. 4 §. 5 si serv. 8. 5. Ihering Geist des römischen R. III S. 30 Note 9. — Ist das Interdict nichtsdestoweniger possessorisch, welche Frage für das heutige Recht in Betreff der Prozeßform Bedeutung hat? Dafür Brinz S. 91. 92, Rudorff zu Puchta §. 139. h; a. M. Savigny S. 598 (490), Sintenis I §. 65 Anm. 27.

[8] Dig. 43. 20 de aqua quotidiana et aestiva.

[9] L. 1 pr. §. 4. 22 h. t. Seuff. Arch. XIX. 233.

[10] L. 1 §. 3. 29—36 l. 6 D. h. t. — In dem einen und dem andern

übung dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft, überdieß aber in gutem Glauben geschehen sein, und zwar darf der Irrthum dabei kein Rechtsirrthum gewesen sein[11]. Um zur Reparatur der Wasserleitung zugelassen zu werden, ist Beweis des Rechts nicht erforderlich[12].

c) Nach gleichen Grundsätzen wird der Besitz einer Wasserschöpfgerechtigkeit geschützt[13].

d) Gegen Verhinderung in der Reinigung und Ausbesserung eines zur Fortschaffung des Unraths dienenden Abzugsgrabens wird possessorischer Schutz gewährt, ohne daß der Gegner sich mit der Einrede des fehlerhaften Besitzes vertheidigen könnte[14].

4) Für die hier nicht genannten Fälle des Rechtsbesitzes kann aus dem römischen Rechte ein Schutz gegen Störung nicht hergeleitet werden[15]. Im Mittelalter aber sind auf dieselben in Theorie und Praxis ganz allgemein sowohl die römischen Interdicte, als die neu gebildeten Rechtsmittel, Spolienklage, possessorium ordinarium und summarium angewendet worden[16]. Gegen die Zulassung der Spolienklage hat auch Savigny[17] keine Einwendung erhoben; nur verlangt er Ausbildung derselben für

---

Falle werden die Ausübungsacte des Rechtsvorgängers angerechnet, l. 1 §. 37 D. h. t.

[11] L. 1 pr. §. 10. 19. 20 D. h. t. [Seuff. Arch. XXII 146.]

[12] Dig. 43. 21 de rivis.

[13] Dig. 43. 22 de fonte.

[14] Dig. 43. 23 de cloacis. Vgl. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 51—58. 76—89; aber auch Brinz S. 94. 95.

[15] Namentlich nicht für die Fälle, wo der Besitzeswille darauf geht, daß mit der Sache etwas nicht vorgenommen werde. Mit Unrecht hat man für diesen Fall die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis behauptet. Dagegen spricht l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1 (vgl. II §. 465 Note 18 g. E.). Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 349—353 (aber auch Zusatz zu Puchta §. 396. d), Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XII S. 146—166. 282—290, Bruns S. 89—93. Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen über die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis auf Grunddienstbarkeiten überhaupt geben Pfeiffer prakt. Ausf. VII. 1 S. 419—443 und Vangerow I §. 355 Anm. 2 Nr. 2.

[16] Bruns §. 15. 24—26. 29. 34. 44. (S. 383. 384). 45 (S. 407. 408).

[17] Besitz S. 589. 630—634 (483. 517—521)

die einzelnen Fälle nach Analogie des römischen Rechts, welche Forderung noch bestimmter Puchta gestellt hat[18].

Drittes Kapitel.

Die Rechte an Sachen im Allgemeinen.

§. 165.

Die Haupteintheilung der Rechte an Sachen oder der dinglichen Rechte ist in §. 145 bereits angegeben worden; es ist die Eintheilung in Eigenthumsrecht und Rechte an fremder Sache[1].

---

[18] Pand. §. 139 a. E. So auch Brinz S. 98 und ausgeführter Heerwart a. a. O. S. 179—212; Rudorff Anh. zu Sav. Nr. 179. Die Idee ist übrigens keine neue, Bruns S. 422 Note 4. Ueber die neuere Praxis s. Bruns S. 422. 423, Pfeiffer a. a. O. 433 fg., Buchka und Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock III Nr. 26, Kierulff Entsch. des OAG. zu Lübeck 1865 S. 253 fg. Seuff. Arch. V. 171, VII. 182, XIX. 233, [XXII. 46]. Darüber, daß, wo das römische Recht besondere Regeln für den Schutz des Rechtsbesitzes aufgestellt hat, auch nur diese zur Anwendung zu kommen haben, ist heutzutage in der Theorie kein Streit mehr. Vgl. Buchka und Budde a. a. O. S. 84, Pfeiffer a. a. O. S. 441. — Gewalt ist zur Besitzstörung nicht erforderlich. Vgl. Bruns S. 204 fg. 280. 384. 397. Seuff. Arch. I. 224, II. 50, III. 56. 267; vgl. auch II §. 464 Note 7.

[1] Die Römer haben zur Bezeichnung des Eigenthumsrechts zwei Ausdrücke: proprietas und rerum dominium oder dominium schlechthin (vgl. l. 1 §. 1 D. de SC° Sil. 29. 5, l. 13 pr. D. de A. R. D. 41. 1). Der Ausdruck dominium wird aber auch in weiterem Sinne für die civilrechtliche Zuständigkeit eines Rechts überhaupt gebraucht, so dominium ususfructus und selbst proprietatis, vgl. z. B. l. 3 D. si ususfr. 7. 6, l. 17 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 48 pr. D. de her. inst. 28. 5. — Für die Rechte an fremder Sache haben die Römer eine ausgebildete technische Bezeichnung nicht, obgleich der Ausdruck ius in re aliena weit davon entfernt ist, unlateinisch zu sein. In einigen wenigen Stellen (l. 30 D. de nox. act. 9. 4, l. 13 §. 1 l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2) wird das Recht an fremder Sache ius in re schlechthin genannt. Wenn Neuere diese Bezeichnungsweise mit Vorliebe zu einer technischen ausgebildet haben, so ist dieß nicht zu billigen, nicht bloß deßwegen nicht, weil sie undeutsch ist, sondern auch deßwegen nicht, weil sie ihren Grund in der unjuristischen Auffassung hat, welche statt des Eigenthumsrechts die Sache nennt, an welcher dasselbe stattfindet, rem habere — ius habere (§. 42 zu Note 4). (Anders Brinz §. 49, welcher ius in re als Recht „auf" dem §. 195.

Die im römischen Rechte ausgebildeten Rechte an fremder Sache sind im Einzelnen: die Dienstbarkeiten, die Emphyteusis und die Superficies, das Pfandrecht. Von den genannten Rechten wird im Besonderen im 4.—7. Kapitel dieses Buches gehandelt werden. Die allgemeinen Grundsätze, welche sich für sie aufstellen lassen, sind nicht zahlreich. Wenn früher als allgemeines Erforderniß für den Erwerb der dinglichen Rechte das Vorhandensein von titulus und modus acquirendi bezeichnet wurde, so ist diese Lehre längst aufgegeben[2]. Dagegen läßt sich über den Verlust der dinglichen Rechte einiges Allgemeine sagen. Die dinglichen Rechte gehen unter durch den Untergang der Sache, an welcher sie stattfinden[3], so wie dadurch, daß diese Sache in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist (§. 146)[4]. Rechte an wilden Thieren gehen dadurch unter, daß dieselben ihre natürliche Freiheit zurückerlangen[5]. Eine singuläre Bestimmung ist es, daß durch Veräußerung des Fiscus, so wie des Landesherrn und seiner Gemahlin, der Erwerber in diejenige rechtliche Lage kommt, in welche der Veräußernde ihn hat bringen wollen; alle damit in Widerspruch stehenden Rechte an der Sache gehen daher unter, und hinterlassen nur einen binnen vier Jahren geltend zu machenden Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer[6].[7] —

Eigenthumsrecht, und Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 60, welcher es als „Herrschaft über die Brauchlichkeit der Sache", und somit „in re haerens s. consistens" faßt).

[2] Hugo civil. Magazin I. 11. IV. 6, Thibaut civil. Versuche I. 11; Unger II S. 8—12. Vgl. übrigens auch Voigt condictiones ob causam S. 174—177.

[3] L. 23 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 C. de iure emph. 4. 66.

[4] Nach römischem Rechte gehen auch dadurch, daß eine Sache in die Gewalt der hostes gelangt, alle an derselben bestehenden Rechte unter; gewisse Sachen aber haben das Privilegium, daß, wenn sie zurückgewonnen werden, sie in ihr früheres Rechtsverhältniß wieder eintreten. Dig. 49. 15, Cod. 8. 51. Ueber die heutzutage in dieser Beziehung geltenden Grundsätze s. §. 184 Note 13.

[5] L. 3 §. 2 l. 4. 5 pr. §. 4—6 D. de A. R. D. 41. 1 (§. 12. 14—16 I. de R. D. 2. 1).

[6] L. 2. 3 C. de quadr. praescr. 7. 37, §. ult. I. de usuc. 2. 6. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 3—9, Sintenis I §. 39 Note 4; Seuff. Arch. V. 108, IX. 263, [XXI. 13]. Gegen die heutige Anwendbarkeit: V. 109;

Was in diesem Zusammenhange noch als Lehre von der „Revocabilität dinglicher Rechte" vorgetragen zu werden pflegt, gehört nicht an diesen Ort[8].

---

für Beschränkung auf Sachen, die sich in gutgläubigem Besitz des Fiscus befinden, XIV. 207.) [Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 266 Note 19.]

[7] Nach dem HGB. Art. 306 gehen die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen auch dadurch unter, daß die Sachen von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert und übergeben werden, vorausgesetzt: a) redliches Bewußtsein (Unbekanntschaft mit dem betreffenden dinglichen Recht) auf Seiten des Erwerbers; b) daß die Sache nicht gestohlen oder verloren sei. Bei Papieren auf den Inhaber fällt die letztere Voraussetzung, so wie die Nothwendigkeit der Veräußerung durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetriebe weg. Vgl. auch Art. 305, so wie Art. 74 der WO. und über das Ganze den Aufsatz von Goldschmidt Zeitschr. f. HR. VIII S. 225 fg. IX S. 1 fg. [Ders. Handelsr. I S. 811 fg.]

[8] Von Revocation dinglicher Rechte spricht man da, wo der Verlust derselben eintritt mit Rücksicht auf die Art und Weise ihres Erwerbes, z. B. in Folge einer den Erwerb begleitenden auflösenden Bedingung oder Befristung; ein anderes Beispiel gewährt der mit der Wiederverheirathung eintretende Verlust des Gewinnes aus der ersten Ehe: dieser Verlust hat zwar seinen Grund in der zweiten Ehe, aber dieselbe führt einen Verlust auch nur in Betreff des in jener Weise Erworbenen herbei. Von dem Fall der auflösenden Bedingung und Befristung ausgehend, hat man dann auch den Fall hierher gezogen, wo ein dingliches Recht verloren wird kraft des Eintritts der aufschiebenden Bedingung oder Befristung, unter welcher es einem Andern übertragen worden ist. Gelehrt wird von der Revocation nun Folgendes: dieselbe könne sein 1) eine directe und eine indirecte, je nachdem das dingliche Recht ohne Weiteres (ipso iure) verloren oder nur ein Forderungsrecht auf Aufgeben (Uebertragung) desselben begründet werde; 2) eine revocatio ex tunc oder eine revocatio ex nunc, je nachdem der Verlust des dinglichen Rechts mit rückwirkender Kraft eintrete oder ohne dieselbe. Es liegt aber auf der Hand, was den ersten Punkt angeht, daß in die Lehre von den dinglichen Rechten nicht der Satz gehört, daß den sie beendigenden Thatsachen (hier: Aufgeben des Berechtigten) ein Forderungsrecht auf Bewirken dieser Thatsachen vorhergehen könne: und was den zweiten Punkt angeht, so gelten für die Rückwirkung der Revocation keine anderen Grundsätze, als für die Rückwirkung überhaupt. Wenn man hervorhebt, daß, wo die Revocation rückwirkende Kraft habe, mit derselben auch alle auf Grund des revocirten Rechts weiter verliehenen Rechte aufhören (resoluto iure dantis resolvitur ius concessum), so ist auch das nichts, was bloß für die dinglichen Rechte wahr wäre (Beispiel: derjenige, dem ein Forderungsrecht unter einer auflösenden Bedingung übertragen worden ist, hat dasselbe verpfändet, die Bedingung tritt ein), obgleich es ohne Zweifel beim Eigenthum eine besonders wichtige Anwendung findet. Ueberdieß ist zu be-

§ 166.

Eine besondere Hervorhebung verdient aber noch Folgendes. Die dinglichen Rechte werden, wie von ihrem Schatten, von einem andere Verhältniß begleitet; es ist dieß das Verhältniß dessen, dem das dingliche Recht nicht zusteht, der aber der redlichen und durch Thatsachen gerechtfertigten Ueberzeugung ist, daß es ihm zustehe[1]. An dieses Verhältniß sind wichtige rechtliche Folgen angeknüpft, vor Allem die, daß dasselbe dritten Unberechtigten gegenüber ganz die gleiche rechtliche Macht gewährt, wie das wirklich vorhandene Recht. Tritt ferner Besitz hinzu[2], und dauert derselbe eine gewisse Zeit, so entsteht das Recht selbst. Doch findet weder der eine, noch der andere dieser Sätze eine unbedingte Anwendung bei allen dinglichen Rechten. Jene redliche Ueberzeugung hat aber ferner noch die Folge, daß sie von aller Verantwortung für die über die Sache getroffenen Verfügungen

---

merken, daß dieser Hinfall der Verfügungen der Zwischenzeit durchaus nicht nothwendig voraussetzt, daß das Recht, auf Grund dessen sie getroffen worden sind, mit rückwirkender Kraft wieder aufhöre, wie es denn z. B. in gleicher Weise unzweifelhaft ist, daß er auch in Folge der auflösenden Befristung eintritt, und daß die auflösende Befristung rückwirkende Kraft nicht hat. Nichtsdestoweniger setzt man auch wohl das Wesen der revocatio ex tunc geradezu darein, daß sie die Verfügungen der Zwischenzeit mit ergreife. — Manche fassen den Begriff der Revocation enger, und verstehen darunter bloß den Verlust des dinglichen Rechts durch auflösende Bedingung oder Befristung. Auch in dieser Fassung hat die Lehre von der Revocabilität dinglicher Rechte keine Berechtigung, da von der auflösenden Bedingung oder Befristung besondere Grundsätze, wenn überhaupt für irgend ein dingliches Recht, jedenfalls nicht für die dinglichen Rechte überhaupt gelten. — Vgl. Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 2. (1844), Böcking II §. 156, Puchta §. 142, Arndts §. 128, Vangerow I §. 301 Anm. in der 7. Aufl. (wo die Idee Fitting's [§. 67 Note 2] adoptirt ist, daß die Rückwirkung nichts sei, als Declaration des von allem Anfang wirklich vorhanden gewesenen Rechtszustandes, s. dawider Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 37 fg.).

§. 166. [1] Die Formel ist nicht erschöpfend richtig; doch genügt sie für diesen Ort. S. die Lehre von dem Erwerbe des Eigenthums durch Ersitzung (§. 176).

[2] Für die zuvor bezeichnete rechtliche Macht ist der Besitz als solcher keineswegs erforderlich, und daher ist es eine incorrecte, wenn gleich auch den Quellen geläufige Ausdrucksweise, wenn man sie als Folge der „bonae fidei possessio“ bezeichnet. S. die Lehre von der Publiciana actio (§. 199).

[3] S. §. 186.

entbindet, welcher Satz beim Eigenthum in Betreff der Früchte der Sache noch einen besonderen Ausdruck erhalten hat[3]. Kraft dieser an den guten Glauben angeknüpften rechtlichen Vortheile ist das dingliche Recht, welches man zu haben redlicherweise glaubt, nicht weniger Bestandtheil des Vermögens, als dasjenige, was man wirklich hat[4], woraus sich im Einzelnen noch mannichfache Consequenzen ergeben[5]. Alles dieses erscheint in besonderer Ausbildung beim Eigenthum. Das Nähere gehört nicht hierher, sondern in die besondere Lehre theils von den einzelnen dinglichen Rechten, theils von den Rechtsverhältnissen, für welche sich jene Consequenzen geltend machen; doch mußte hier auf den allgemeinen Gesichtspunkt hingewiesen werden.

Viertes Kapitel.

Das Eigenthum*.

I. Begriff, Inhalt, Gegenstand.

§. 167.

Eigenthum bezeichnet, daß Jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; daher genauer statt

---

4 L. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 52 D. de A. R. D. 41. 1.

5 L. 136 D. de R. I. 50. 17 sagt: „Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est". Eine lehrreiche Erläuterung dieses Satzes, welcher sich freilich nur als Resultat einer historischen Entwicklung darstellt, gibt für das Eigenthum Ihering Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 88—121. Beispiele seiner Anwendung: der putative Eigenthümer hat die actio communi dividundo (l. 7 §. 2 comm. div. 10. 3), eine actio in factum wegen Beschädigung nach Analogie der lex Aquilia (l. 11 §. 8 l. 17 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2), es geht gegen ihn die actio quod iussu, tributoria, de peculio (l. 1 §. 8 D. quod iussu 15. 4, l. 1 §. 5 D. de trib. act. 14. 4, l. 1 §. 6 D. de pec. 15. 1), wenn der putative Eigenthümer etwas als Vater zur Dos gibt, so ist es dos profecticia (l. 6 §. 1 D. de I. D. 23. 3) 2c. 2c. Vgl. auch §. 181 Note 4. 5.

* Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 1—402 (1817). — Pütter die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten (1831). — K. Sell Römische

Eigenthum Eigenthumsrecht[1]. Daß aber Jemandem eine Sache eigen ist, will sagen, daß sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesammtheit ihrer Beziehungen. Dieß zeigt sich nach einer doppelten Richtung: 1) der Eigenthümer darf über die Sache verfügen, wie er will; 2) ein Anderer darf gegen seinen Willen über die Sache nicht verfügen (positive — negative Seite des Eigenthums). Es lassen sich ferner einzelne Befugnisse namhaft machen, welche dem Eigenthümer kraft des Begriffs des Eigenthums zustehen, z. B. die Befugniß, die Sache zu gebrauchen und zu nützen, die Befugniß, jeden Dritten von aller Einwirkung auf dieselbe auszuschließen, die Befugniß, sie von jedem dritten Besitzer abzufordern. Aber man darf nicht sagen, daß das Eigenthum aus einer Summe einzelner Befugnisse bestehe; wäre dieß der Fall, so würde das Eigenthum nicht vorhanden sein, wenn irgend eine dieser Befugnisse dem Eigenthümer nicht zustände, wovon in der That das Gegentheil stattfindet. Das Eigenthum ist nicht die Summe aller an einer Sache denkbaren Rechte, sondern ihre Einheit, d. h., wie jede Einheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein hat (§. 1 Note 1, §. 42 Note 2, §. 57 Note 2, §. 137 Note 3), ein anderes Recht, als diese einzelnen Rechte sind. So kann eines derselben fehlen, ohne daß das Eigenthum

---

Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte. I. Theil. Römische Lehre des Eigenthums nebst Einleitung: von den dinglichen Rechten oder Sachenrechten überhaupt (1852); vgl. darüber Dernburg in der Heid. krit. Zeitschr. I S. 138—158). — Pagenstecher die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 3 Abtheilungen (1857—1859). — Eine so gut wie monographische Darstellung der Lehre vom Eigenthum enthält auch Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Band (1857).

§. 167. [1] Leist (civilistische Studien 3. Heft: über die Natur des Eigenthums [1859]) sucht den Gedanken zu begründen, daß zwischen Eigenthum (Eigenthumsverhältniß) und Eigenthumsrecht unterschieden werden müsse. Das Eigenthum (Eigenthumsverhältniß) sei von der Autorität des positiven Rechts unabhängig, es stelle sich dar als „naturaler, factisch bestehender Verkehrsorganismus", und verleihe zwar keine Rechte, aber doch „materielle Befugnisse". S. dagegen Windscheid krit. VJSchr. I S. 294 fg., Böcking Grundr. II §. 2 Anm. (aber auch wieder: Leist naturalis actio und Natur der Sache. Ein Nachtrag zu der Schrift über die Natur des Eigenthums. 1860). Etwas äußerlich Aehnliches findet sich bei Pagenstecher I §. 1 (s. Note 3).

dadurch aufgehoben ist[2]. Das Eigenthum ist dann zwar ein beschränktes, aber es ist kein lückenhaftes; es ist in seiner Wesenheit unangetastet, kann dieselbe nur nicht voll entfalten[3]. Fällt die

---

[2] L. 25 pr. D. de V. S. 50. 16. „Recte dicimus, (eum) fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis [servitus] sit, ut via et iter. Nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse".

[3] Die hergebrachte Definition des Eigenthums geht dahin, daß dasselbe die volle und ausschließliche rechtliche Herrschaft über die körperliche Sache sei (vgl. Böcking II S. 7. 8, Sintenis I S. 472. 473). Dieser Definition steht die im Texte bezeichnete Schwierigkeit entgegen; nach ihr ist z. B. derjenige, dessen Sache einer Wegegerechtigkeit unterworfen ist, nicht mehr Eigenthümer. In der neueren Zeit sind mehrfache Versuche gemacht worden, diese Schwierigkeit zu lösen. Böcking (II S. 9) sieht das Wesen des Eigenthums in „der Abstractheit und der mannigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjects über die körperliche Sache" (er fügt hinzu „als bloßen und total als Gegenstand des Willens jenes"); denselben Gedanken scheint Vangerow (I §. 295 Anm. 1) ausdrücken zu wollen, wenn er sagt: das Eigenthum bestehe nur „in der rechtlichen Möglichkeit, alle an einer körperlichen Sache denkbaren Befugnisse auszuüben, im Falle keine besonderen Schranken gesetzt" seien. Wirth (Beiträge zur Systematik des röm. R. §. 19—23 [1856]) glaubt damit helfen zu können, daß er das Eigenthum als „Pertinenzverhältniß" (im Gegensatz zu einem „Herrschaftsverhältniß") bezeichnet („die Sache ist gewissermaßen ein Stück meiner Persönlichkeit, ein verlängertes ego," S. 39). Aehnlich Rudorff zu Puchta Vorles. I §. 144 Anm. 2. „Das Eigenthumsrecht ist als das Herrschaftsverhältniß zu fassen, vermöge dessen eine Sache einer Person rechtlich gehört". Pagenstecher I §. 1 definirt das Eigenthum als „die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person"; von Eigenthumsrecht und Rechten des Eigenthümers will er gar nicht geredet wissen; die aus dem Eigenthum fließenden Befugnisse würden zu „Rechten" erst dann, wenn der Nichteigenthümer sie erwerbe. Nach Girtanner (Jahrb. f. Dogm. III S. 67—72. 83—95, vgl. S. 242. 245. 295 fg.) ist das Eigenthum „das Recht an der Bestimmung der Sache", die Bestimmung der Sache ist aber, „in dem rechtlichen Willen als bloßes Object rein aufzugehen". Vgl. Leist (civ. Studien III S. 49 fg. S. 11. 25. 46. 78. 132): im Eigenthum „identificirt" das Subject die Sache oder die Sache geht im Individuum auf"; „der Grund des Eigenthumsverhältnisses ist die Arbeit . . . wodurch die Sache als materiell und ihrer Substanz nach subjectivirt, und dann auch wieder allgemeinverständlich als subjectivirte objectivirt wird"; „die Sache ist materiell und definitiv mit der Person zusammengeschlossen"; „die Sache ist vollständig vom Subject assimilirt"; „der Mensch absorbirt gleichsam die Substanz, er nimmt der Sache ihre objective Selbstständigkeit und zieht ihre Substanz in sich hinein". Diesen Versuchen reiht

Beschränkung weg, so bringt das Eigenthum sogleich wieder seine ganze Fülle zur Geltung[4].

§. 168.

Als Gegenstand des Eigenthums ist eine körperliche Sache bezeichnet worden. Dieß erleidet nur insofern eine Abweichung, als auch eine Gesammtheit von körperlichen Sachen den Gegenstand des Eigenthums bilden kann (§. 137 Note 4). Dagegen darf von einem Eigenthum an dem, was das römische Recht technisch mit dem Ausdruck res incorporalis bezeichnet, nicht geredet werden. Res incorporales in diesem Sinne sind Rechte (§. 42); wenn man Jemandem Eigenthum an Rechten zuschreibt, so kann das nur den Sinn haben, daß man diese Rechte als ihm zustehend bezeichnen will. Man soll also sagen: es steht ihm dieses Recht zn, nicht: er hat Eigenthum an diesem Rechte. Indem man die rechtliche Zuständigkeit eines Rechts als Eigenthum an einem Rechte bezeichnet, gibt man Veranlassung zur Uebertragung der für das Eigenthum geltenden Grundsätze auf Rechte, für welche andere Grundsätze maßgebend sind[1]. In demselben Sinne ist gegen den Ausdruck geistiges Eigenthum zu warnen; Geistesproducte sind Dinge ganz anderer Art, als körperliche Sachen, und dürfen daher nicht mit diesen unter die gleichen Regeln gestellt werden (§. 137 Note 7). —

Das Eigenthumsrecht an Grundstücken erstreckt sich auf den unter und über dem Grundstück befindlichen Raum, so wie auf die unter der Erdoberfläche befindlichen Fossilien[2].

---

sich der im Text bezeichnete an. (Was dawider Arndts in der 5. Aufl. §. 130 Anm. 5 bemerkt, beruht auf Verkennung des Begriffs der Gesammtheit oder, welcher Ausdruck bezeichnender ist, Einheit.)

[4] S. z. B. §. 4 I. de usufr. 2. 4, l. 3 §. 2 l. 54 D. eod. 7. 1, l. 3 pr. C. eod. 3. 33.

§. 168. [1] Doch vertheidigen den Ausdruck in diesem weiteren Sinn Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 361. 373. 401 und Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 52. Daß auch die Quellen den Ausdruck dominium in diesem Sinne gebrauchen, ist bereits bemerkt worden (§. 165 Note 1). Vgl. Unger I S. 513 Note 8. — Ein von der bloßen Zuständigkeit verschiedenes Eigenthum an Rechten nimmt Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 278—306 in dem Sinne an, daß auf gewisse Rechte Grundsätze vom Eigenthum analogisch angewendet würden. Vangerow I §. 113 Anm. Nr. 2.

[2] S. §. 139 Note 3. Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 89 fg. beschränkt

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums*.

§. 169.

Die rücksichtslose Durchführung der Consequenz des Eigenthumsbegriffes ist ohne erhebliche Uebelstände nicht möglich; kein positives Recht wird umhin können, von dieser Consequenz Dieses oder Jenes abzubrechen, so daß der Eigenthümer in dieser oder jener Beziehung über seine Sache nicht verfügen darf, in dieser oder jener Beziehung sich die Verfügung eines Andern gefallen lassen muß. Das bei einer solchen Eigenthumsbeschränkung stattfindende Rechtsverhältniß kann im Einzelnen noch verschieden sein. Es kann sein, daß der Eigenthumsbeschränkung eine Privatberechtigung gegenübersteht; aber nothwendig ist das nicht, wie z. B. wenn ein Gesetz für den Häuserbau die Einhaltung einer gewissen Höhe vorschreibt. Steht ihr ein Privatberechtigung gegenüber, so kann dieselbe entweder eine obligatorische[1], oder eine dingliche sein[2].

---

die Erstreckung des Eigenthums in die Höhe und die Tiefe auf das praktische Bedürfniß, das Interesse des Eigenthümers; ebenso Hesse das. S. 393 fg.: so weit der Raum „für die menschliche Kraft erreichbar und für das Eigenthum von Interesse ist". M. A. läßt sich diese Beschränkung nur vertheidigen aus dem Gesichtspunkt des Verbotes der Chicane, welchen Gesichtspunkt übrigens auch Ihering wiederholt geltend macht. — Was die Fossilien angeht, erleidet der aufgestellte Satz eine Ausnahme, so weit das Bergregal reicht. S. §. 169 Note 22, §. 186 Note 2.

* Dirksen Zeitschr. f. gesch. RW. II. 16 (1816). Bekker Jahrb. d. gem. R. V. 10 (1861). Werenberg Jahrb. f. Dogm. VI. 1 (1863). Ihering das. VI. 2 (1863). Hesse das. VI. 9 (1863). Hoffmann Arch. f. prakt. RW. N. F. I. 7 (1864). Pagenstecher I §. XIII—XV, Schmid I S. 17—32, Vangerow I §. 297—300, Sintenis I S. 476—478, Böcking II §. 140.

[1] Eine obligatorische. In diesem Falle muß man aber, wenn man genau §. 169.
sein will, nicht von einer Beschränkung des Eigenthums, sondern von einer Beschränkung der Ausübung des Eigenthums reden.

[2] Eine dingliche, also ein Recht an fremder Sache. Das Recht an fremder Sache ist eine mögliche Form der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung (a. M. Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 140). Aber nicht alle Rechte an fremder Sache, welche auf Gesetz beruhen, sind gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen. Der gesetzliche Nießbrauch z. B., wie der des Vaters am Vermögen

Die im römischen Rechte vorkommenden gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen sind heutzutage nicht alle mehr praktisch[3]; die noch praktischen sollen im Folgenden genannt werden[4]. Eine besonders wichtige Gruppe unter ihnen bilden diejenigen, welche

---

der seiner Gewalt unterworfenen Kinder, hat mit der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung nichts gemein. Der Grund ist, weil hier das Recht das Principale ist, aus dem Recht die Eigenthumsbeschränkung sich erst ergibt, während bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung die Beschränkung das Principale ist, das Recht nur deren Kehrseite. Daraus rechtfertigt sich der hier in Betreff des Ausdrucks gesetzliche Eigenthumsbeschränkung befolgte einengende Sprachgebrauch, während es freilich auf der Hand liegt, daß an und für sich auch bei dem auf Gesetz beruhenden Rechte an fremder Sache, wie bei jedem Rechte an fremder Sache, eine Eigenthumsbeschränkung vorhanden ist. — Aus dem Gesagten geht hervor, daß, wenn man früher die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen geradezu als gesetzliche (Legal-) Servituten bezeichnete, man einen doppelten Fehler beging. So wenig wie jede gesetzliche Eigenthumsbeschränkung eine gesetzliche Servitut ist, so wenig ist jede gesetzliche Servitut eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung. — Neuerdings hat Bekker (a. a. O. S. 151—154. 190. 191) die Scheidung zwischen der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung und der gesetzlichen Servitut in einer anderen Weise zu machen gesucht, als hier geschehen ist. Er nimmt eine gesetzliche Servitut in allen Fällen an, wo das Eigenthum durch eine gesetzliche Vorschrift nicht von vorne herein, kraft seiner bloßen Existenz, sondern erst kraft einer besonderen Thatsache, und (er scheint dieß als nothwendige Folge des Ersteren anzusehen) nicht gegen Jedermann, sondern nur einem bestimmten Subjecte gegenüber beschränkt sei, wenn auch das Recht dieses Subjects nur obligatorischen Schutz genieße. Ueber die Vereinbarkeit dieses Letzteren mit dem Begriff des dinglichen Rechts hat Bekker nähere Aufklärung in Aussicht gestellt (S. 206), welche abzuwarten sein wird; was sein Theilungsprincip angeht, so leuchtet dessen innere Berechtigung nicht ein, und überdieß wird es von Bekker nicht treu durchgeführt. Wenn er z. B. den Satz, daß der Eigenthümer das eingebaute Material nicht vindiciren darf, unter die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen stellt, den Satz hingegen, daß der Eigenthümer eines Grundstücks, auf welchem sich eine den Nachbar gegen Wasserschaden schützende Anlage befindet, nach zufälliger Zerstörung derselben die Wiederherstellung durch den Nachbar gestatten muß, unter die gesetzlichen Servituten (S. 159. 185), so scheint doch dort ebenso sehr wie hier das Eigenthum nicht von vorne herein, sondern erst durch eine besondere Thatsache (Einbauung — Anlage) beschränkt zu sein. Vgl. noch Elvers römische Servitutenlehre §. 33.

[3] S. die bei Böcking I. A. 1. 2. C. 1. 2. II. B. 1 genannten. Vgl. übrigens Bekker S. 195. 196; auch Werenberg S. 40 Note 16 S. 46. Ueber die in deutschen Rechtsquellen vorkommenden — nicht gemeinrechtlichen

im Interesse des Nachbarverhältnisses eingeführt sind (s. g. Nachbarrecht[5]); mit ihnen wird hier begonnen[6].

1) Der Eigenthümer eines Grundstücks muß sich von Seiten des Nachbars eine nicht ungebührliche Einwirkung auf dasselbe (oder

---

— gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Mittermaier I §. 167, Gerber §. 86. 87, Beseler §. 93.

[4] Ist zu denselben nicht hinzuzufügen, daß der Eigenthümer bei Anlagen auf seinem Grundstück eine gewisse Grenze von des Nachbarn Grundstück einhalten muß? Allerdings wird dieß in l. 13 D. fin. reg. 10. 1 im Princip anerkannt, ohne daß jedoch die Einzelnheiten des daselbst angeführten solonischen Gesetzes als römisches Recht bezeichnet würden. Vangerow a. a. O. Nr. 12, Sintenis I §. 47 Anm. 33, v. Langenn u. Kori Erörterungen II Nr. 23, Hesse in der in der folgenden Note citirten Schrift S. 287—291. Seuff. Arch. V. 107, VII. 281; anders V. 141. — Keine Eigenthumsbeschränkung ist es, wenn der Eigenthümer zu einem Thun verpflichtet ist. Daher darf unter den Eigenthumsbeschränkungen nicht aufgeführt werden die Verpflichtung, eine einem Andern unentbehrliche Wegegerechtigkeit zu gewähren, welche Verpflichtung in einer einzelnen Anwendung in l. 12 pr. D. de rel. 11. 7 anerkannt ist. Der Eigenthümer ist hier zum Abschluß eines Vertrags verpflichtet. Vgl. l. 14 §. 1 quemadm. serv. 8. 6 und Bekker S. 109. 200.

[5] Hauptsächlich mit diesem Gegenstand beschäftigen sich die Abhandlungen von Werenberg, Ihering, Hesse und Hoffmann. S. außerdem Seuffert Erörterungen II Nr. 2, Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, namentlich Band 2 Abth. 2 (1862).

[6] An und für sich ist der Nachbar nicht genöthigt, auf die Interessen des Nachbarn Rücksicht zu nehmen; er braucht sich z. B. beim Bauen nicht daran zu kehren, ob dadurch der Nachbar sein Licht verliert, beim Graben nicht daran, ob dadurch dem Nachbar das Wasser abgeschnitten wird (l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8. 9 C. de serv. 3. 34, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 § 12 D. de aqua et aquae 39. 3, [l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de usufr. 7. 1 erklären sich aus dem Recht des Vermächtnisses, l. 11 pr. D. de S. P. U. 8. 2 und l. 12 §. 1 C. de aed. priv. 8. 10 reden von einer Verjährung, vgl. l. 1 C. de serv. 3. 34]). Nur darf der Nachbar nach einem allgemeinen für die Rechtsausübung geltenden Grundsatz (§. 121 Note 3), was er thut, nicht zur Chicane des Nachbars thun; und ferner versteht es sich von selbst, daß er seine Sache nicht in einer Weise gebrauchen darf, daß dadurch auf die benachbarte Sache (oder den darüber befindlichen Raum [§. 139 Note 3, §. 168 Note 2] eingewirkt wird, z. B. durch Eindringen von Rauch, Hinüberfliegen von Steinstücken (l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5, l. 1 §. 17 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 19 pr. [vgl. l. 18] D. de S. P. U. 8. 2). Man hat auch hierin eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung gesehen; Bekker (a. a. O. S. 166) sagt mit Recht, es sei dieß eben so wenig eine Eigenthumsbeschränkung,

in den darüber befindlichen Raum), z. B. durch Rauch, Dampf, Staub, wie sie die Folge der durch die Natur des benachbarten Grundstücks gegebenen gewöhnlichen Benützung ist, gefallen lassen[7].

„wie es eine Eigenthumsbeschränkung des Herrn der Schafe ist, daß er sie nicht nach Belieben wo er will auf die Weide treiben darf". Umgekehrt ist es eine Eigenthumsbeschränkung, wenn der Nachbar von seinem Verbietungsrecht in dieser Beziehung keinen unbedingten Gebrauch machen darf; s. das im Text sogleich Folgende.

[7] Die für diese vielbesprochene Frage verwerthbaren Entscheidungen der Quellen sind folgende. 1) Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstücke „fumum non gravem, puta ex foco" machen; dagegen darf er nicht: „ex taberna casearia fumum in superiora aedificia . . (immittere), nisi ei rei (serviunt)". L. 8 §. 5. 6 D. si serv. 8. 5. 2) Der Eigenthümer eines Hauses darf in demselben Wasser zu Bade- oder anderen Zwecken verwenden, wenn auch dadurch des Nachbarn Mauer feucht wird, aber er darf keine Einrichtung treffen, die „assiduum humorem habeat". Arg. l. 19 pr. D. de S. P. U. 8. 2. 3) Unerlaubt ist die Anlegung einer Düngergrube, wodurch des Nachbarn Mauer feucht wird. L. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5 (nach der Auslegung, nach welcher die Stelle von der actio negatoria spricht, s. übrigens Bekker S. 185 fg.). 4) Unerlaubt ist es, auf seinem Grundstück in der Weise Steine zu hauen („lapidem caedere", wohl: in einem Steinbruch), daß die Splitter auf des Nachbarn Grundstück hinüberfliegen. L. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5. — Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten im Wesentlichen: Spangenberg Arch. f. civ. Pr. IX S. 270. 271, Bekker S. 166—167, Ihering S. 93. 104—105. 119—120, Hoffmann S. 278—280, Pagenstecher I S. 121, Schmid S. 18—19, Vangerow I §. 297 Anm. Nr. 2, Sintenis I §. 47 Note 31. Seuff. Arch. III. 7, XV. 2 (Gasfabrik); VIII. 346 (Ziegelei); XI. 14 (Seifen- und Lichterfabrik); XI. 114 (Dampfmühle); XII. 124, XIII. 235, XIV. 208 vgl. X. 164 (Eisenbahnbetrieb, vgl. Kuntze zu Holzschuher II S. 98); XVIII. 11 (Lohschneidemaschine); IX. 218 (besondere Gewerbe und eigenthümliche Vorrichtungen im Allgemeinen). [Bl. f. RAnwend. XXXII S. 410 fg. Seuff. Arch. XXI. 208.]. Dagegen wird die Kategorie des aus der gewöhnlichen Benützung sich Ergebenden verworfen von Hesse a. a. O. S. 423 (s. auch Jahrb. f. Dogm. VIII S. 113 fg.), welcher seinerseits unterscheiden will [S. 383 fg. 400 fg., s. auch dens. Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 31 fg. II S. 41 fg.], ob die Einwirkung auf des Nachbarn Grundstück eine nothwendige und unter allen Umständen eintretende Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist, so daß sie von dem Eigenthümer vorhergesehen werden konnte, oder nicht; in dem ersten Falle sei die Einwirkung unbedingt widerrechtlich, in dem zweiten Fall ein Schadensersatzanspruch nach dem Recht der cautio damni infecti begründet. Diese Unterscheidung zwischen den natürlichen und unmittelbaren, und den erst durch hinzutretende Umstände vermittelten Folgen der Thätigkeit des Eigenthümers wird auch in dem Urtheil des OAG. zu Rostock bei Buchka

2) Ebenso muß er sich die Ausbauchung der Mauer des Nachbarn gefallen lassen, wenn diese Ausbauchung nicht über einen halben Fuß hinausgeht[8].

3) Er muß dem Nachbarn das Betreten seines Grundstücks zum Zweck des Abholens herübergefallener Baumfrüchte an jedem dritten Tag (einen um den andern Tag) gestatten[9].

4) Einen Baum, welcher über des Nachbarn Haus hinüberhängt, soll der Eigenthümer abschneiden; thut er es nicht, so muß er dem Nachbar gestatten, es zu thun, und dieser darf dann das Holz für sich behalten. Hängt der Baum über ein fremdes Ackergrundstück hinüber, so soll der Eigenthümer die Aeste bis zur Höhe von 15 Fuß abschneiden, widrigenfalls dieselbe Folge eintritt[10].

---

u. Budde Entscheidungen IV S. 108 fg. in der Weise verwerthet, daß dasselbe die actio negatoria für begründet nur gegenüber einer Einwirkung erklärt, welche die nothwendige Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist. S. auch Holzschuher II §. 91 Nr. 12. c. Dagegen Seuff. Arch. III 7, IX. 218, XI. 114, XV. 2, XVI. 8. — Vgl. noch XIV. 113.

[8] L. 17 pr. D. si serv. 8. 5. Besondere Meinungen bei Sintenis I (§. 47 Note 33 a. E. dagegen Vangerow §. 297 Nr. 9, Böcking Note 48), Pagenstecher S. 138, Bekker S. 167, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 127. XXII S. 180—184.

[9] Diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur — interdictum de glande legenda, Dig. 43. 28. Der Eigenthümer der Früchte muß aber Caution wegen etwaiger Beschädigung stellen. Ueber den Sinn des „tertio quoque die“ ist Streit (ob Zwischenraum von einem oder zwei Tagen), vgl. Schmid I S. 22—23, Vangerow §. 297 Nr 3, Böcking Note 40 und die daselbst Citirten. — Bekker (S. 164) leugnet, daß hier eine Eigenthumsbeschränkung stattfinde, indem er die Pflicht zum Betretenlassen des Grundstücks mit der Pflicht zur Herausgabe verwechselt (vgl. Note 21). — Schmid S. 22—24 bestreitet die gemeinrechtliche Bedeutung der Bestimmung, weil der Satz des deutschen Rechts, daß überhangende und überfallende Früchte dem Nachbarn zu eigen gehören, gemeinrechtlich geworden sei. Die neueren Germanisten behaupten das nicht mehr; s. die Lehrbücher von Eichhorn §. 173, Mittermaier I §. 165, Gerber §. 91 Nr. 3, Beseler §. 89 Nr. IV.

[10] Das Abschneiden des Ueberhangenden, soweit es überhängt, kann der Nachbar schon kraft seines Eigenthumsrechts (actio negatoria, vgl. l. 2 D. de arb. caed. 43. 27) verlangen. Hierin also liegt eine Beschränkung des Eigenthums am Baum (am Grundstück) nicht; sie liegt erst in der weitergehenden Vorschrift, daß dem Nachbarn das vollständige Abschneiden der Zweige bez. des ganzen Baums gestattet werden muß. Auch diese Verpflichtung ist

5) Der Eigenthümer darf auf seinem Feldgrundstücke keine Veranstaltung treffen, durch welche der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des Feldnachbarn abgeändert wird; thut er es, so kann Wiederherstellung von ihm verlangt werden[11]. Ist die Veränderung des Wasserablaufs nicht von ihm ausgegangen, so ist er verpflichtet, dem Nachbarn die Wiederherstellung zu gestatten[12]. — Vorschriften, welche den Eigenthümer eines Grundstücks in der Benützung eines auf demselben befindlichen Privatgewässers im Interesse der anschießenden Grundeigenthümer beschränkten, gibt es im römischen Rechte nicht; dieselben gehören erst der modernen Particulargesetzgebung an[13].

---

lediglich obligatorischer Natur, interdictum de arboribus caedendis, Dig. 43. 27. Seuff. Arch. XI. 115. — Bekker (S. 168—171) leugnet auch hier die Eigenthumsbeschränkung ganz, indem er sie auf Seiten desjenigen, über dessen Grundstück der Baum hinüberhängt, sucht. Viele nehmen nämlich an, daß derselbe die Zweige unter 15 Fuß dulden müsse. Dieß bestreitet Bekker mit Recht. — Uebrigens ist über den wahren Inhalt der zweiten der angeführten Bestimmungen viel Streit; es handelt sich um die Auslegung der Worte „quindecim pedes a terra altius" in l. 1 §. 7 D. tit. cit. Andere Auslegungen sind: 1) es müssen die über 15 Fuß hohen Zweige abgeschnitten werden; 2) es muß der ganze Baum jenseits der Höhe von 15 Fuß abgeschnitten werden. Vgl. Schmid S. 25—26, Vangerow §. 297 Nr. 4, Böcking Nr. 2 und die an diesen Orten Citirten.

[11] Mit einem obligatorischen Anspruch, actio aquae pluviae arcendae, Dig. 39. 3. — Liegt aber hier nicht vielmehr Einwirkung auf die fremde Sache, und daher keine Eigenthumsbeschränkung vor? So Bekker S. 176 fg. Derselbe behauptet demnach — unter Berufung auf l. 1 §. 17 D. tit. cit. — daß mit der actio aquae pluviae arcendae die negatoria actio concurrire, und beruft sich dafür auf l. 1 §. 17 D. tit. cit., welche Stelle aber doch wohl nur von dem Dachabfluß spricht. — Für die negatoria auch Seuff. Arch. X. 169. 259. — Näher von der actio aquae pluviae arcendae II §. 473.

[12] L. 2 §. 5. 6 l. 11 §. 2 l. 12 D. de aq. et aquae 39. 3. Für Bekker (S. 185) ist dieß gesetzliche Servitut (vgl. Note 2).

[13] Das römische Recht gibt eine Reihe von Vorschriften über die Benützung der flumina publica, nimmt aber von diesen Vorschriften die flumina privata und um so mehr die rivi, ausdrücklich aus (l. 1 §. 4 D. de flum. 43. 12, l. 1 §. 2 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, vgl. l. 1 §. 1 D. ut in flum. publ. 43. 14), und gibt dafür als Grund an: „nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum" (l. 1 §. 4 de flum.). Es ist jedoch nicht unbestritten, daß das römische Recht die Bäche (rivi) den flumina privata gleichstellt, s. §. 146 Note 7. Andere leiten bei Anerkennung dieser Gleichstellung

6) Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück keinen Bau vornehmen, durch welchen der Tenne des Nachbars der Luftzug entzogen wird[14].

7) Was aus des Nachbarn Grundstück in oder über das seinige hinüberragt, darf der Eigenthümer nicht selbst beseitigen, sondern muß dagegen klagend auftreten[15].

8) Der Eigenthümer ist zum Schadensersatz verpflichtet[16], wenn er auf seinem Grundstück Veranstaltungen trifft, die, obgleich sie eine Einwirkung auf des Nachbarn Grundstück oder in den darüber befindlichen Raum nicht enthalten, doch dem Nachbar positiv schädlich sind[17], — jedoch nur dann, wenn der Nachbar vor der Veranstaltung ein Schadensersatzversprechen von ihm erlangt hat[18], und nur dann, wenn der Eigenthümer mit solchen Veranstaltungen über die Grenzen der gewöhnlichen, durch die Natur des Grundstücks gegebenen Benützung hinausgeht[19].[20] —

---

bereits aus dem römischen Recht den Grundsatz her, daß die an ein fließendes Gewässer anschießenden Grundeigenthümer sich im Interesse der gemeinen Benützung zu beschränken haben. S. die Literaturangaben §. 146 Note 5.

[14] L. 14 §. 1 C. de serv. 3 34. Vangerow §. 297 Nr. 6, Schmid S. 27. 14. Seuff. Arch. XVI. 98. Bekker S. 191 nimmt auch hier gesetzliche Servitut an.

[15] L. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 29 §. 1 D. ad leg. Aq. 9 2, l. 17 pr. D. si serv. 8. 5, l. 1 C. de interd. 8. 1.

[16] Auch in der Verpflichtung zum Schadensersatz liegt eine Eigenthumsbeschränkung; durch die Auferlegung dieser Verpflichtung wird ausgesprochen, daß der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe. L. 151 D. de R. I. 50. 17.

[17] Beispiel: „si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit", l. 24 §. 12 D. de damno inf. 39. 2. Durch dieses Graben wird auf den Körper des benachbarten Grundstücks weder direct noch indirect eingewirkt, aber es wird demselben eine Eigenschaft entzogen, die Eigenschaft der Tragfähigkeit. [Vgl. II §. 460 Note 5.] — Veranstaltungen, durch welche auf das benachbarte Grundstück eingewirkt wird, sind einfach Eigenthumsverletzungen.

[18] Cautio damni infecti. L. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2. Zur Leistung dieser Caution ist aber der Eigenthümer verpflichtet. Sie geht auf Leistung des gesammten Interesse, also nicht bloß auf Ersatz des durch die Verletzung der Integrität des Grundstücks entstandenen Schadens. L. 5 §. 2 l. 18 §. 10 l. 28 l. 37 D. de damno inf. 39. 2. Vgl. überhaupt II §. 460. — Uebereinstimmend im Allgemeinen (vgl. Note 7) Hesse a. a. OO. und Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX. 8.

[19] Diese Beschränkung ergibt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß inner-

Nicht auf dem Nachbarnverhältniß beruhen folgende Eigenthumsbeschränkungen.

9) Wie der Eigenthümer verpflichtet ist, das Betreten seines Grundstücks dem Nachbarn zum Zweck des Abholens der hinübergefallenen Baumfrüchte zu gestatten, so hat er die gleiche Verpflichtung überhaupt gegen Jeden, dessen Sachen sich auf seinem Grundstücke befinden[21].

10) Er ist verpflichtet, Nachgrabungen nach Mineralien auf seinem Grundstück zu gestatten gegen Abgabe von einem Zehntel des Ertrags (ein zweites Zehntel muß dem Fiscus abgegeben werden)[22].

11) Der Eigenthümer eines Grundstücks, welches an einen

---

halb der bezeichneten Grenzen der Nachbar sich selbst Immission gefallen lassen muß (Num. 1).

[20] Welche Rechte hat der Nachbar gegenüber der Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen? Der Gesichtspunkt der cautio damni infecti führt nur zum Ersatz des angerichteten Schadens, nicht zum Schutz gegen bloße Belästigung, und auch zum Ersatz des Schadens nur dann, wenn der Eigenthümer eine Veranstaltung an dem Grundstück (opus) getroffen hat. Aber greift nicht der Gesichtspunkt der Einwirkung Platz (Erregung von Schallwellen in dem Raum über des Nachbarn Grundstück, Hineintreiben von gasförmigen Körpern)? Dawider Spangenberg S. 271, Pagenstecher S. 120, Hesse Rechtsverhältnisse I S. 36 fg. (Jahrb. S. 425). Für unerlaubt erklären die Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen Ihering (S. 111. 112. 121. 127) und Hoffmann (S. 270), obgleich auch sie den Gesichtspunkt der Immission nicht geltend machen. Ein bedeutendes Argument für die Unerlaubtheit der Erregung von Gerüchen, aber auch für die Unerlaubtheit aus dem Gesichtspunkt der Immission, enthält l. 2 §. 29 D. ne quid in loco publ. 43. 8 in Verbindung mit pr. §. 26—28 eod. Gegen die Unerlaubtheit der Erregung von Lärm Seuff. Arch. XII. 123. Vgl. auch VIII. 345.

[21] Auch diese Verpflichtung ist eine rein obligatorische. Die Quellen geben ein interdictum prohibitorium oder actio ad exhibendum. L. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 9 §. 1 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5. §. 3 l. 9 §. 1 D. ad exh. vgl. l. 5 §. 4. 5 eod., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1. Der Betreffende muß aber cautio damni infecti leisten (II §. 456 Num. 8). Seuff. Arch. IV. 10. 11. Die Verwechslung, kraft deren Bekker (S. 164) auch hier die Eigenthumsbeschränkung leugnet, ist bereits oben Note 9 bezeichnet worden.

[22] L. 3. 6 C. de metall. 11. 6. Vgl. l. 13 §. 1 D. comm. praed. 8. 4. — Weiter geht das deutschrechtliche Bergregal, kraft dessen gewisse Fossilien für herrenlos erklärt, und dem staatlichen oder staatlich verliehenen Occupationsrecht hingegeben sind. Beseler deutsch. Privatr. §. 203, Gerber deutsch. Privatr. §. 95.

öffentlichen Fluß anschießt, muß sich gefallen lassen, was das Interesse des Flußverkehrs erfordert[23].

12) Der Eigenthümer von Baumaterialien und Rebpfählen, welche in ein fremdes Grundstück verwendet sind, darf dieselben nicht zurückfordern; dafür hat er einen Entschädigungsanspruch auf das Doppelte[24]. —

Ueber die gesetzlichen Beschränkungen des Veräußerungsrechts s. §. 172a.

III. Miteigenthum.

§. 169a.

Aus dem Begriff des Eigenthums folgt, daß an einer und derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum nicht stattfinden kann[1].

Dagegen kann das Eine Eigenthum, welches an einer Sache möglich ist, mehreren Personen zustehen; wir sprechen in einem solchen Fall von Miteigenthum[2]. Das dabei stattfindende Verhältniß ist näher dieses, daß das Eigenthumsrecht den mehreren Eigenthümern in der Weise gemeinschaftlich ist, daß es nur durch den übereinstimmenden Willen Aller in Bewegung gesetzt werden kann. Will daher ein Eigenthümer seinen Willen für die Sache geltend machen, und ein anderer widerspricht, so behält der Widersprechende Recht[3]. Jedoch wird durch diesen Satz nur das

---

[23] §. 4 I. de R. D. 2. 1. Bekker S. 200. Vgl. §. 146 Note 14.

[24] Dig. 47. 3 de tigno iuncto, l. 23 §. 6. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 6. 7 pr. D. ad exh. 10. 4, l. 7 §. 10 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. §. 188 Note 10—12.

[1] L. 5 §. 15 D. commod. 13. 6. — „duorum . . . in solidum dominium vel possessionem esse non posse". §. 169a.

[2] Die Ausdrücke condominium und condominus sind nicht römisch. Die Quellen haben für Miteigenthum und Miteigenthümer keine anderen Bezeichnungen, als die allgemeinen: communio und socius. (Doch sind jene Ausdrücke nicht sprachwidrig, vgl. confideiussor in l. 10 pr. D. de fidei. 46. 1 und das häufig vorkommende contutor.)

[3] L. 28 D. comm. div. 10. 3. „Sabinus ait, in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat". L. 8 l. 27 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 11 D. si serv. 8. 5. Seuff. Arch. IX. 268, [XXI. 101].

Princip bezeichnet; bei der Durchführung desselben sind aber die wahren Interessen der Theilhaber in billiger Weise zu berücksichtigen, und daher darf namentlich einem Miteigenthümer ein unschädlicher bestimmungsgemäßer Gebrauch der Sache auch gegen den Willen des anderen Miteigenthümers nicht versagt werden[4].

[4] Man bemerke hierüber Folgendes. 1) Die den Miteigenthümern gegen einander zustehende actio communi dividundo geht nicht bloß auf Theilung, sondern auch auf Regulirung ihres Verhältnisses bei bestehender Gemeinschaft (s. die im Folgenden citirten Stellen und II §. 449 Note 4), und die actio communi dividundo ist bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 14 §. 11 l. 24 pr. D. comm. div. 10. 3. 2) Was speciell den Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache angeht, so verbieten die in der vorigen Note genannten Stellen nur das facere in re communi und im Besonderen das Bauen und Abbrechen, und in Betreff einer gemeinschaftlichen Mauer ist ausdrücklich anerkannt, daß jeder Miteigenthümer dieselbe benützen dürfe, soweit dadurch die Mauer nicht leide. L. 13 §. 1 l. 19 §. 1. 2 D. de S. P. U. 8. 2; l. 8 l. 13 pr. eod., l. 27 §. 10 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Seuff. Arch. VIII. 345, IX. 268, XIII. 24, XVI. 193. 194, [XXI. 101, XXII. 216. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 56]. Besondere Bestimmung in Betreff der Beerdigung eines Leichnams: l. 41. 43 D. de relig. 11. 7, l. 6 §. 6 D. comm. div. 10. 3. 3) Aber auch Veränderungen der Sache, welche ein Miteigenthümer einseitig vornimmt, unterliegen nicht unbedingt dem im Text bezeichneten Princip. Denn einmal kann der Miteigenthümer, wenn er die Veränderung hat geschehen lassen, ohne ihr zu widersprechen, wo er widersprechen konnte, nicht mehr Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern, sondern bloß Schadensersatz (l. 28 D. comm. div. 10. 3, Seuff. Arch. VII. 285, XVIII. 208), und sodann kann er Wiederherstellung des früheren Zustandes unter allen Umständen nur dann fordern, „si . . toti societati prodest opus tolli, l. 26 D. de S. P. U. 8. 2. So erkennt auch l. 12 D. comm. div. 10. 3 an, daß dem Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer unter allen Umständen gestattet sei, „aliquid in eum immittere". 4) Speciell ist dem Miteigenthümer eines gemeinschaftlichen Bauwerks gestattet, dasselbe auch gegen den Willen des andern Miteigenthümers zu repariren (wohin auch Ersatz einer schadhaften Mauer durch eine andere gehört); ja es fällt ihm der Eigenthumsantheil des anderen Eigenthümers zu, wenn dieser ihm nicht seinen Antheil an den Kosten binnen 4 Monaten mit Zinsen (II §. 260 Note 4) ersetzt. Paul. S. R. V. 10 §. 2, l. 32. 35—37 D. de damno inf. 39. 3, l. 12 D. comm. div. 8. 2; l. 52 §. 10 D. pro soc. 17. 2, l. 4 C. de aedif. priv. 8. 10. L. 8 D. de S. P. U. 8. 2 ist von dem Fall einer nicht schadhaften Mauer zu verstehen (unhaltbare Meinungen bei Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 108. II S. 250 und Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 143, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 9. XXII. 4). Vgl. zum Ganzen: Ge-

— Nicht darf das beim Miteigenthum stattfindende Rechtsverhältniß so gedacht werden, als wäre das Eigenthumsrecht zwischen den mehreren Eigenthümern getheilt[5]. Was wirklich zwischen ihnen getheilt ist, ist nur der Werth der Sache, oder die Sache als Werthobject gedacht. Nur in diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn den verschiedenen Miteigenthümern ein verschiedener Antheil an der Sache zugeschrieben wird[6]; für das Recht,

---

sterding Eigenthum §. 9, Schmid S. 6—11, Hesse Rechtsverhältnisse 77 II S. 241 fg. und Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. S. 129 fg.; speciell über die „Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern" die Schrift von Ruete (1843). [Seuff. Arch. XXII. 198.] — Ueber die Frage, ob dem Miteigenthümer gegen den Miteigenthümer die actio negatoria zustehe (welche Frage nach dem Gesagten, eben weil hier die strenge Consequenz des Princips nicht zur Geltung gebracht werden soll, schwerlich zu bejahen ist, obgleich die Quellen nicht allen Zweifel ausschließen, vgl. einerseits l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 4, l. 3 §. 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, andererseits l. 11 D. si serv. 8. 5), s. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 63 und die daselbst Citirten, Schneider in Sell's Jahrb. I S. 403 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 3.

[5] Das Eigenthumsrecht kann nicht getheilt sein, weder so, daß jeder Miteigenthümer das Eigenthum nur zum Theil hätte — dann würde keiner irgend Etwas haben, — noch so, daß die einzelnen Eigenthumsbefugnisse unter die einzelnen Berechtigten vertheilt wären — dann würde weder irgend Einer von ihnen, noch würden sie Alle zusammen Eigenthum haben (Note 8). Sondern das eine, ungetheilte Eigenthumsrecht ist, wie sonst an ein einziges Subject, so hier an eine Mehrheit von Subjecten angeknüpft. Jedem dieser Subjecte steht es ganz zu; aber es steht eben jedem zu; daraus folgt ihre gegenseitige Beschränkung. Daß jeder Miteigenthümer ganz Eigenthümer ist, ist in den Quellen in unzweideutigen Consequenzen anerkannt. Was ein im Miteigenthum stehender Sclave dem einem der Eigenthümer nicht erwerben kann, erwirbt er dem andern ganz (l. 1 §. 4 l. 7 §. 1 l. 8. 9 pr. D. de stip. serv. 45. 3); ebenso erwirbt er für einen Eigenthümer das Ganze, wenn er für ihn allein erwerben will (l. 5 eod.) Beides wäre unmöglich, wenn er nur halb in seinem Eigenthum stände. Nur daraus, daß jeder ganz Eigenthümer ist, erklärt sich auch Ulp. I. 18: „communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio" (vgl. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 262—266); ferner die Correalität der Miteigenthümer bei der actio noxalis (II §. 297 Note 7). [HGB. Art. 468 a. E.]

[6] S. §. 140 Note 4 und die dort citirten Stellen. Nach Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 239 fg. soll das Miteigenthum zum Gegenstand nur die Werthquote der Sache haben; wie das Eigenthum das Recht an der Be-

über die Sache zu verfügen, ist diese Verschiedenheit des Antheils ganz gleichgültig[7]. —

Man hat behauptet, daß nach deutschem Recht ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache auch in der Weise stattfinden könne, daß das Recht selbst zwischen den mehreren Eigenthümern, seinem Gehalt oder dem Zeitverhältniß nach, getheilt sei; man hat dafür den Ausdruck Gesammteigenthum gebildet. Der Begriff des Gesammteigenthums ist aber eben so wenig haltbar[8], wie die im

---

stimmung der Sache sei (§. 167 Note 3), so sei das Miteigenthum das Recht an Theilen ihrer Bestimmung, d. h. ihres Werthes.

[7] Dagegen kann der Antheil selbst den Gegenstand einer rechtlichen Disposition, einer totalen oder partiellen Veräußerung bilden, l. 3. 4 C. de comm. reb. al. 4. 52, l. un. C. si comm. res pign. 8. 21. — Unvereinbar mit dem Begriff des Miteigenthums ist es übrigens nicht, daß für gewisse Verfügungen über die Sache die Majorität der Antheile entscheide. Dieß ist z. B. der Fall bei der Mitrhederei. HGB. Art. 458.

[8] Der Begriff des Gesammteigenthums ist nicht so scharf ausgeprägt worden, daß nicht im Einzelnen sich Verschiedenheiten der Auffassung fänden (s. die literarhistorische Uebersicht bei Dunker das Gesammteigenthum [1843] S. 1—23, und vgl. außerdem Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 185—194 und deutsch. Privatr. II §. 83, Bluntschli deutsches Privatr. §. 58, Schloifer Arch. für die Praxis des in Oldenburg geltenden Rechts III S. 154—164, Pagenstecher I S. 23—25). Im Allgemeinen aber versteht man unter Gesammteigenthum ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache ohne s. g. intellectuelle Theilung, bei welchem vielmehr der Conflict zwischen den mehreren Eigenthümern entweder dadurch gelöst werde, daß jeder ein bestimmtes Maß von Befugnissen habe, so z. B. bei der deutschen Realgemeinde oder Markgenossenschaft, oder dadurch, daß in die Ausübung des Eigenthums der Eine erst nach dem Wegfall des Andern eintrete (s. z. B. bei dem Familienvermögen des hohen Adels). Aber im ersten Falle ist weder der einzelne Berechtigte Eigenthümer, noch sind sie es alle zusammen, da nun einmal durch eine Zusammenrechnung einzelner Befugnisse kein Eigenthumsrecht herausgebracht werden kann (vgl. §. 58 Note 5), und ebenso ist im zweiten Fall entweder Keiner Eigenthümer, wenn man es mit dem Gegensatz zwischen Ausübung und Recht strenge nimmt, oder in einem gegebenen Zeitpunkt immer nur Einer, während die Andern bloß so genannt werden. Gegen den Begriff des Gesammteigenthums s. Dunker in der oben citirten Schrift, J. C. Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (1808) S. 20 fg., Gerber deutsch. Privatr. §. 77. — Die Rechtsverhältnisse, für welche jetzt Stobbe Zeitschr. f. RGesch. IV S. 207 fg. die Bezeichnung Gesammteigenthum in Anspruch nimmt, sind Miteigenthum mit solchen Modificationen, wie sie durch den Begriff des Miteigenthums nicht

Mittelalter aufgekommene und bis in die neueste Zeit herübergetragene Scheidung des Eigenthums in ein s. g. Ober- und Unter- (nutzbares) Eigenthum[9].

ausgeschlossen werden (Regulirung des Fruchtgenusses nach dem persönlichen Bedürfniß, Beschränkung in der Veräußerungsbefugniß was den eigenen Eigenthumsantheil angeht, und andererseits Befugniß über den Antheil des Genossen durch Belastung mit Schulden zu verfügen, Beschränkung in der Vererbung des Eigenthumsantheils, wo derselbe dann nicht herrenlos wird, sondern nach der Consequenz aus dem Begriff des Miteigenthums [Note 5 z. E.] an die Genossen fällt). — Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 3. 6. 37. 42. 43 wendet den von ihm aufgestellten Begriff der Gesammtberechtigung, als einer Berechtigung, welche „einerseits der Gesammheit mehrerer Personen als solcher, andererseits den Einzelnen völlig und ungetheilt zusteht", auch auf das Eigenthum an und findet ein Gesammteigenthum in diesem Sinne bereits vom römischen Rechte anerkannt in der dos communis patris et filiae (II §. 499 Note 6) und in dem Verhältniß des eingesetzten Pupillen und des Pupillarsubstituten. Dagegen Pernice krit. VJSchr. VII S 121 fg.

[9] Die lateinischen Ausdrücke sind: dominium directum — dominium utile. Dominium utile, im Gegensatz des dominium directum, nannten die Glossatoren das Recht desjenigen, der nicht directa, sondern nur utilis petitio rei habe, und so namentlich auch das Recht des Emphyteuta und des Superficiar. Später faßte man das domiuium utile als nutzbares Eigenthum auf, und nahm ein dominium utile in diesem Sinne auch bei dem Lehensverhältniß und bei gewissen Formen des bäuerlichen Verhältnisses an. Das dominium utile ist aber in der That kein Eigenthumsrecht, sondern ein Recht an fremder Sache, dessen (juristischer) Inhalt allerdings aus der (unjuristischen) Vorstellung heraus bestimmt worden ist, als sei der dominus utilis Eigenthümer. So geht das Recht des s. g. dominus utilis allerdings viel weiter, als das irgend eines andern an fremder Sache Berechtigten; aber Eigenthumsrecht kann es nicht werden, ohne daß der s. g. dominus directus aufhörte, Eigenthümer zu sein. Auch hier kann der Eigenthumsbegriff nicht über seine eigene Consequenz hinaus. S. Thibaut Versuche II. 3 (1801), Dunker Zeitschr. f. deutsch. Recht II S. 177 fg. (1838), Schmid I §. 3 Note 6, Vangerow I §. 302, Böcking II S. 40—42. Doch wird der Begriff, oder doch wenigstens die Bezeichnung, auch von neueren Schriftstellern noch festgehalten, so namentlich in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 160, Mittermaier I §. 156, Beseler §. 82, Bluntschli §. 60. (Wenn man sich darauf beruft, daß auch das römische Recht die Möglichkeit eines bonitarischen Eigenthums neben dem quiritarischen anerkannt habe, so darf darauf zwar nicht entgegnet werden, daß das erstere eigentlich kein Eigenthum gewesen sei, denn in Wirklichkeit war es das allerdings; aber nichtsdestoweniger ist jenes Argument ohne allen Werth, da sich im römischen Recht hier, wie an so vielen andern Punkten, der Widerstreit zweier verschiedener

IV. Erwerb des Eigenthums*.

A. Uebersicht über die verschiedenen Eigenthums-erwerbarten.

§. 170.

Der Erwerb des Eigenthums knüpft sich, wie der Erwerb eines jeden Rechts, an gewisse Thatsachen an; die Verschiedenheit derselben begründet die Verschiedenheit der Eigenthumserwerbarten. Der Anordnung, in welcher hier die einzelnen Eigenthumserwerbarten vorgetragen werden, liegt folgende Betrachtung zu Grunde[1]. Die bei Weitem meisten der uns umgebenden Sachen haben bereits einen Eigenthümer; in den bei Weitem meisten Fällen ist daher der Erwerb des Eigenthums der Erwerb des Eigenthums an einer bereits im Eigenthum eines Andern stehenden Sache. Dieser Erwerb kann von doppelter Art sein: 1) er gründet sich auf das Eigenthum, welches bis dahin an der Sache bestanden hat, er ist ein Eintreten, eine Nachfolge (Succession) in dieses Eigenthum (§. 65); 2) es ist dieß nicht der Fall. Unter diesen beiden Fällen ist der erste der wichtigste, unter seinen Anwendungen aber wieder die wichtigste diejenige, wo die Nachfolge durch den Willen des bisherigen Eigenthümers bewirkt wird. Außerdem kann sie ihren Grund in einer richterlichen Verfügung, oder in einer unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes haben. Die wichtigste Anwendung des zweiten Falles bildet die Ersitzung; außerdem gehört dahin die Verbindung. — Aber wenn auch die meisten der uns umgebenden Sachen bereits einen Eigenthümer haben, so ist dieß doch nicht bei allen der Fall. Diejenigen, bei denen es nicht der Fall ist, fallen regelmäßig in das Eigenthum

---

Rechtsordnungen, der prätorischen und der civilen, geltend machte, von denen jene diese überwand.)

* D. 41. 1 de acquirendo rerum dominio.

§. 170. [1] Die Anordnung der Lehre vom Eigenthumserwerbe ist bei den verschiedenen Schriftstellern eine sehr verschiedene; s. die Uebersicht bei Böcking II S. 55, auch Pagenstecher II S. 1—57, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 261 fg. Die von Böcking selbst a. a. O. begründete Anordnung hat er in der neuesten Auflage seines Grundrisses (S. 72 fg.) mit einer anderen vertauscht.

desjenigen, der sich ihrer bemächtigt. — Ferner entstehen fortwährend neue Sachen, entweder auf organischem Wege, oder durch menschliche Thätigkeit. Für die auf organischem Wege neu entstandenen Sachen bildet es die Regel, daß sie in das Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache fallen; an den durch menschliche Thätigkeit neu erzeugten erwirbt, mit gewissen Beschränkungen, das Eigenthum der Verfertiger. — Die Verfertigung und die Verbindung unterscheiden sich von allen andern Eigenthumserwerbarten durch ihre bloße formale Natur, d. h. beide verleihen zwar das Eigenthum, aber berechtigen nicht auch zum Behalten des Vermögenswerthes der Sache. Nach diesem Gesichtspunkt ist hier die Verbindung mit der Verfertigung zusammen an den Schluß gestellt worden[2].

B. Eigenthumsübergang durch den Willen des bisherigen Eigenthümers*.

§. 172.

Der Eigenthümer kann sein Eigenthum einem Andern übertragen entweder durch Willenserklärung unter Lebenden oder durch Willenserklärung auf Todesfall. Hier ist nur von dem ersten Fall zu reden; die Betrachtung des zweiten gehört in das Erbrecht.

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß Eigenthum auf einen Andern übergehen solle, reicht als solche nicht aus, um den Uebergang des Eigenthums zu bewirken. Es muß

---

[2] Es wird auch wohl von einem s. g. universellen Eigenthumserwerbe, im Gegensatz des singulären geredet. Man versteht darunter den Erwerb des Eigenthums in und mit dem Ganzen des Vermögens, zu welchem es gehört. Es liegt auf der Hand, daß der s. g. universelle Eigenthumserwerb ein Erwerb des Eigenthums als solchen nicht ist; der unmittelbare Gegenstand des Erwerbs ist eben das Vermögen, d. h. etwas Anderes, als das Eigenthum.

* Gesterding S. 120—177, Pagenstecher II S. 193—229, Schmid §. 8, Böcking §. 153, Sintenis I S. 480—484. Scheurl Beiträge I. 8 (1853). Leist Mancipation und Eigenthumstradition (1865). [(Darüber Bekker krit. VJSchr. IX S. 232 fg. 1867). Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem u. gemeinem Recht (1867). (Darüber Unger krit. VJSchr. X S. 249 fg. 1868). Goldschmidt Handelsrecht I §. 79.]

1) zu ihr hinzu kommen die Erklärung des Willens von Seiten dieses Andern, daß er das ihm übertragene Eigenthum erwerben wolle; mit anderen Worten, der Eigenthumsübergang setzt voraus einen Eigenthumsübertragungsvertrag[1]. Dieser Vertrag sodann bedarf

2) einer gewissen Form. Diese Form ist die Besitzübergabe (Tradition)[2]. Der auf das Geben und Nehmen des Rechts an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in

---

§. 171. [1] L. 10 D. de don. 39. 5. „Absenti, sive mittas, qui ferat, sive quod ipse habeat, sibi habere eum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit". L. 55 D. de O. et A. 44. 7. Seuff. Arch. XIII. 82, Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock IV. 34. — Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XX S. 67 Note 24 leugnet, daß in der Tradition ein Vertrag enthalten sei, mit Berufung darauf, daß von Seiten der Empfängers keine Willenserklärung gegenüber dem Tradenten, sondern nur eine Willensthat gegenüber der Sache erforderlich sei, z. B. bei der traditio in incertam personam (§. 172 Num. 4), bei gestatteter Wegnahme von Steinen aus der Steingrube eines Andern (l. 6 D. de don. 39. 5). Aber s. II §. 306.

[2] L. 20 C. de pactis 2. 3. „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur". L. 50 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 15 C. eod. 3. 32, l. 6 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 8 C. de A. E. V. 4. 49. L. 16 D. de fundo dot. 23. 5 ist im Sinne ihres Urhebers ohne Zweifel von der Mancipation zu verstehen, im Sinne des Justinianischen Rechts von der Cession der Vindication, — l. 10 §. 2 D. de cond. furt. 13 1 entweder vom Legate (vgl. §. 3 eod.) oder ebenfalls von der Mancipation (vgl. die Interpolation „nactus possessionem servi" in l. 56 D. de O. et A. 44. 7). S. auch Schmid S. 85—91. Eine Ausnahme enthält auch nicht l. 1 §. 1 D. pro soc. 17. 2, welche sich aus einem constitutum possessorium (§. 155 Note 8) erklärt, wie deutlich aus l. 2 eod. hervorgeht (a. M. ohne genügende Begründung Puchta kl. civ. Schriften S. 439). Dagegen glaube ich eine Ausnahme allerdings in l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2 anerkennen zu müssen: Kirchen und milde Stiftungen werden aus Käufen und Schenkungen Eigenthümer ohne Tradition — was früher fast allgemein angenommen wurde, noch in der neueren Zeit von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XX. 1 vertheidigt und von Vangerow I §. 311 Anm. 4, wie mir scheint, nicht widerlegt worden ist. („In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem —". Diese Worte versteht Vangerow dahin: es solle die in rem actio, wenn sie zulässig sei, ebenfalls der im Gesetze vorgeschriebenen 100jährigen Verjährung unterliegen.) [Conossement? Exner S. 186 fg., Goldschmidt §. 79 Note 3. Eigenthumsübergabe an Schiffen:

dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache[3]. Auf Grund hiervon wird die Besitzübergabe (Tradition) geradezu als Eigenthumserwerbart bezeichnet[4], indem das Vorhandensein des gehörigen Willens in Betreff des Rechts hinzugedacht wird[5].

Goldschmidt S. 805 fg.] — Der Satz, daß das Eigenthum mit der Besitzübergabe übergehe, ist in Deutschland gemeines Recht. In den meisten deutschen Particularrechten wird aber bei Grundstücken, auf Grund älterer deutschen Anschauung (Auflassung), Eintragung in ein öffentliches Buch (mit oder ohne gerichtlichem Abschluß des Geschäfts oder richterlicher Bestätigung desselben) verlangt, bald in dem Sinne, daß ohne dieselbe gar kein Eigenthum übergeht, bald in dem Sinne, daß jeder Dritte, welcher sich mit dem Eingetragenen in Verhandlungen einläßt, sich auf das Eigenthum desselben berufen kann. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. §. 89, Beseler deutsch. Privatr. §. 90. 91, Schmid S. 96—99, Arndts krit. Ueberschau V S. 91 fg. [Legislatorischer Gesichtspunkt: Exner S. 301 fg., Goldschmidt I S. 803 fg.]

[3] Das ältere römische Recht verlangte Abschluß des Vertrags vor Repräsentanten der Volksgemeinde oder vor Gericht (mancipatio, in iure cessio), und in beiden Fällen noch eine besondere Art des Ausdrucks des Willens. — Die Tradition ist hier als Form des Vertrags bezeichnet worden. Abzuweisen ist die Vorstellung, als wenn sie nur etwas zu dem Eigenthumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Perficirendes sei. Sie ist der Eigenthumsübertragunsvertrag; ohne sie ist derselbe ohne alle rechtliche Bedeutung oder hat höchstens obligatorische Wirkung. Auch wenn der Eigenthumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt. [Exner S. 8 fg. 15.] Vgl. übrigens auch Leist civ. Stud. III S. 189 fg. Mancipation und Eigenthumstradition S. 230. 231. 265. — Wenn Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 57 fg. die Tradition als Bemächtigung unter Zustimmung des bisherigen Eigenthümers auffaßt, so ist doch seine Meinung nicht die, daß der bisherige Eigenthümer die Sache zum Zwecke der Bemächtigung durch den Anderen vorher herrenlos mache, sondern vielmehr, daß der bisherige Eigenthümer seinen Eigenthumswillen nur vor dem neu eintretenden Eigenthumswillen des Erwerbers zurückziehe. So ist das Eigenthümliche dieser Auffassung bloß eine einseitige Betonung der Thätigkeit des Erwerbers, während andererseits allerdings die Ausdrücke Tradition, Eigenthumsübertragung ebenso einseitig die Thätigkeit des bisherigen Eigenthümers betonen. Das Richtige ist, daß zwar thatsächlich in einem gegebenen Fall bald die eine bald die andere Thätigkeit in den Vordergrund treten kann, für die rechtliche Betrachtung aber beide auf gleicher Linie stehen. Was übrigens Bremer mit dieser Auffassung erreichen will (§. 155 Note 7 zweite Hälfte, §. 172 Note 13), leistet sie ihm m. E. doch nicht.

[4] So auch unsere Quellen, z. B. §. 40 I. de R. D. 2. 1, l. 9 §. 3 D. de A. R. D. 41. 1, l. 20 C. de pactis 2. 3.

[5] Vgl. §. 40 I. de R. D. 2. 1. „Per traditionem quoque iure na-

§. 172.

Die näheren Grundsätze für den Eigenthumsübertragungsvertrag sind im Allgemeinen die für Rechtsgeschäfte und Verträge (§. 70 fg.) überhaupt geltenden. Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1) Nur der Eigenthümer kann das Eigenthum der Sache übertragen[1]. Jedoch erleidet diese Regel Ausnahmen[2], nicht bloß für den Fall der vorgängigen oder nachträglichen Einwilligung des Eigenthümers[3], sondern auch: a) für den Pfandgläubiger,

---

turali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi". Das Ungenaue der Ausdrucksweise wird ausdrücklich anerkannt in l. 31 pr. D. de A. R. D. 41. 1. „Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur". Diese Stelle [vgl. Ulp. XIX. 7, Gai. II. 20] denkt an den nächstliegenden Fall, wo der Eigenthumsübertragungs- und Eigenthumserwerbswille durch eine der Tradition vorhergehende Thatsache (vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 189. 190) außer Zweifel gestellt ist. Nothwendig ist dieß aber nicht; jener Wille kann feststehen auch ohne causa praecedens, wie beim Handgeschenk. Eine Ausführung des Satzes, daß die Tradition Eigenthum in allen Fällen übertrage, wo sie in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, geschehe, gibt die Schrift von Strempel die iusta causa bei der Tradition (1857). S. auch Savigny Obl. R. II S. 254 —61. Seuff. Arch. XIX. 122. Daß aber in der l. 31 pr. cit. iusta causa geradezu „nicht bloß das Motiv des erforderlichen Willens, sondern zugleich mit dem Motiv den Willen selbst, aber in der concreten Form einer venditio ꝛc." bezeichne (Brinz S. 202, Puchta §. 148 Abs. 2 Nr. 3) [Böcking II §. 153. g] scheint mir zu viel behauptet. — Daß unter der zur Tradition erforderlichen causa ein „obligationsmäßig zu einer Leistung verpflichtendes Rechtsverhältniß" zu verstehen sei, vertheidigt jetzt wieder Voigt condictiones ob causam §. 28. [Seuff. Arch. XX. 207.] S. dagegen Witte Schletter's Jahrb. X S. 10 fg., und vgl. auch II §. 423 Note 13 g. E. [Exner S. 74 fg. 317 fg., Goldschmidt I S. 808 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 406 fg.]

§. 172. [1] L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. §. 81 Num. 3.

[2] Eine Ausnahme ist es nicht, wenn ein zur Vertretung des Eigenthümers Befugter das Eigenthum in dessen Namen überträgt. Diese Eigenthumsübertragung ist juristisch die des Eigenthümers selbst. Vgl. §. 73. 74. — Ausnahme des HGB. Art. 305—307 und der WO. Art. 74 zu Gunsten des redlichen Erwerbers. S. §. 165 Note 7 und den daselbst citirten Aufsatz von Goldschmidt. [Ders. Handelsrecht I S. 811 fg. Vgl. Exner I. 58 fg].

[3] L. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41 1, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u.

welcher ein dingliches Recht an der Sache eben des Inhalts hat, das Eigenthum an derselben übertragen zu können[4]; b) für den Fiscus, den Regenten und die Regentin nach den in §. 165 zu Note 6 aufgestellten Regeln. Erwirbt der übertragende Nicht-eigenthümer das Eigenthum nachträglich, so wird dadurch die früher gemachte Eigenthumsübertragung nicht gültig (§. 83), und der Empfänger wird daher nicht Eigenthümer; jedoch braucht der Empfänger die Sache dem Uebertragenden nicht herauszugeben[5], und kann, wenn er sie im guten Glauben empfangen hat, selbst klagend, gegen den Uebertragenden wie gegen jeden Dritten, auftreten[6]. Dieselbe rechtliche Stellung hat er dem Rechtsnachfolger des Uebertragenden, Gesammt- oder Sondernachfolger gegenüber, sowie er sie auch seinerseits auf seinen Rechtsnachfolger überträgt[7]. Das Gleiche wie in dem Fall, wenn der Uebertragende Eigenthümer wird, gilt dann, wenn der Eigenthümer durch Beerbung des Uebertragenden in die Uebertragung eintritt[8].

---

24 1; andere hierher gehörige Stellen s. §. 81 Note 5. 7. Ueber die rechtliche Bedeutung der nachträglichen Einwilligung ist §. 83 Num. 1 gehandelt worden. Was die vorgängige Einwilligung angeht, ist noch zu vergleichen Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 303 fg., Scheurl das. II S. 4 fg., Ihering das. II S. 121 fg.

[4] L. 46 D. de A. R. D. 41. 1. „Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium praebeat. Nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit". §. 1 I. quib. al. 2. 8. Vgl. §. 237 Note 17.

[5] Er kann den Uebertragenden, welcher sich auf sein jetzt erworbenes Eigenthum beruft, mit der Einrede zurückweisen, daß derselbe sich nicht mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch setzen dürfe. Diese Einrede (exceptio) konnte in der römischen Formula speciell als exceptio rei (venditae et) traditae, oder generell als exceptio doli concipirt werden. L. 1 pr. l. 2. 3 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de evict. 21. 2, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4. [L. 20 D. qui et a quib. 40. 9, l. 19 §. 4. 5 l. 20 D. de castr. pec. 49. 17.]

[6] Nach den Grundsätzen der Publiciana actio (§. 199). Die Einrede gestaltet sich hier zur Replik, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4.

[7] L. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4. — Mit Rücksicht auf diese Wirkungen des späteren Eigenthumserwerbes bezeichnet ihn l. 56 D. ad. SC. Treb. 36. 1 geradezu als confirmatio der früheren Veräußerung.

[8] L. 73 D. de evict. 21. 2, l. 1 §. 1 D. de exc. rei vend. et trad.

2) Daß der Uebertragende sein Eigenthumsrecht gekannt habe, ist Bedingung der Gültigkeit der Eigenthumsübertragung nicht; ebenso wenig, daß der Erwerber dieses Eigenthumsrecht gekannt habe[9]. Wohl aber ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn in Folge der Unkenntniß, in welcher der Uebertragende sich über sein Eigenthumsrecht befindet, der Wille desselben auf die Uebertragung des nicht vorhandenen Eigenthumsrechts gerichtet ist, welches er einem Andern irriger Weise zuschreibt[10].

3) Die Eigenthumsübertragung ist ungültig, wenn dem Eigenthümer die nöthige Handlungsfähigkeit abgeht (§. 71. 81 a. E.). Ebenso kann sie ungültig sein durch ein entgegenstehendes Veräußerungsverbot. Von den Veräußerungsverboten wird in dem folgenden §. besonders gehandelt werden.

---

21. 3, l. 14 C. de rei vind. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8. 45. [Exner S. 296 fg.]

[9] Für das Letztere l. 9 §. 4 D. de iur. et fact. ign. 22. 6; s. auch l. 4 §. 1 D. de manum. vind. 40. 2. Das Erstere ist in den Quellen zwar nicht unmittelbar für die Tradition bezeugt, wohl aber für das Vermächtniß (§. 11 I. de leg. 2. 20) und die Freilassung (l. 4 §. 1 D. de manum. vind. 40. 2). Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 155—158. [Exner S. 283 fg.]

[10] L. 35 D. de A. R. D. 41. 1. „Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla alienatio est, quia nemo errans rem suam amitit". Ebenso l. 49 D. mand. 17. 2. Der im Text bezeichnete Satz findet aber auch in dem umgekehrten Falle Anwendung, wo der Auftrag zur Tradition von dem wahren Eigenthümer dem vermeintlichen Eigenthümer ertheilt wird; auch in diesem Falle wird der Empfänger nicht Eigenthümer, weil (der Beauftragte nicht Eigenthümer ist, und) der Auftraggeber nicht den Willen hat, daß sein Eigenthum übergehen solle. Von diesem Falle handelt l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 2 und die l. 49 D. mand. 17. 1 in ihrem zweiten Fall. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der Eigenthümer das Eigenthumsrecht, welches er behalten hat, gegen den Empfänger der Sache auch geltend machen kann. Es kommt darauf an, ob er zur Eigenthumsübertragung verpflichtet war, bez. die Verpflichtung dazu auf Grund seines Auftrags übernommen worden ist (vgl. §. 197 Note 6). Auch das sagt l. 49 cit. Diese schwierige Stelle lautet: „Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo. Mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et idcirco mandati agere posse, si quid eius

4) Daß der Wille des Uebertragenden auf eine bestimmte Person gehe, ist nicht erforderlich. Daher liegt in dem Auswerfen[11] eine gültige Eigenthumsübertragung, und eben so wenig wird die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung dadurch beeinträchtigt, daß der Uebertragende nicht weiß, ob der Empfänger für sich oder für einen Andern, und im letzteren Fall, ob er für diese oder jene Person, erwerben will[12].

5) Dagegen ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn der Wille des Uebertragenden auf eine andere Person gerichtet ist, als diejenige, welche den Erwerbungswillen hat[13]. Ebenso ist sie ungültig, wenn zwischen dem Uebertragungs- und dem Erwerbungswillen eine Differenz in Betreff irgend eines andern wesentlichen Punktes besteht. Ein wesentlicher Punkt ist der Gegenstand,

---

interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli submovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem". Das Verdienst der richtigen Erklärung dieser Stelle (sie läßt sich dahin zusammenfassen, daß hinter „emisset" zu ergänzen ist „a me") gebührt Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 306 Note 35 und ausführlicher das. II S. 149 fg. Von Anderen (Literaturangaben bei Ihering) ist aus dieser Stelle der unrichtige Satz hergeleitet worden, daß die Eigenthumsübertragung auch dann nichtig sei, wenn der übertragende Eigenthümer sich über den Grund seines Eigenthums im Irrthum befinde. S. dagegen Ihering a. a. O. II S. 158 fg. Uebereinstimmend Arndts §. 145 Anm. 2 und Vangerow I §. 311 Anm. 3 in der neuesten Auflage. [Exner S. 282 Note 93.]

[11] Iactus missilium. L. 9 §. 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 5 §. 1 D. pro derel. 41. 7. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 205—208, Kuntze Inhaberpapiere S. 348, Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 65—67. [Exner S. 12—17. 53—54.]

[12] Scheurl a. a. O. S. 208, vgl. Brinz S. 203.

[13] Wenn daher der Uebertragende erklärt, dem Empfänger das Eigenthum für seine Person übertragen zu wollen, dieser, es für einen von ihm Vertretenen erwerben zu wollen, so ist die Eigenthumsübertragung ungültig. Ebenso wenn der Uebertragende erklärt, dem Empfänger für einen Andern übertragen zu wollen, dieser, für sich erwerben zu wollen (l. 37 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. übrigens §. 155 Note 7). In dem einen und dem andern Fall aber eben auch nur dann, wenn der Empfänger eine gegentheilige Erklärung abgibt; schweigt er zu der Erklärung des Uebertragenden still, so erklärt er dadurch seinen Consens zu derselben, obgleich er vielleicht innerlich einen andern Willen hat. Unter dieser Voraussetzung wird also in beiden Fällen das Eigenthum gemäß des Willens des Uebertragenden erworben (l. 13 D. de don. 39. 5, vgl. §. 155 Note 7). Will nun in dem ersten der ge-

an welchem Eigenthum erworben werden soll[14], nicht aber der Grund der Uebertragung und des Erwerbes[15].

6) Weder der Uebertragungs- noch der Erwerbungswille braucht ausdrücklich erklärt zu werden; für den einen und den andern Willen genügt es, daß er aus den Umständen geschlossen werden kann[16].

7) Der Eigenthumsübertragung kann eine Bedingung oder eine Befristung hinzugefügt werden. Dafür gelten die gewöhnlichen Grundsätze[17]. Namentlich kommt es bei der auf Grund des

---

nannten Fälle der Empfänger die Sache wirklich nicht für sich, sondern für den Andern haben, so macht er denselben (dessen Willen vorausgesetzt) durch eine neue Tradition (constitutum possessorium) zum Eigenthümer. Die Behauptung, daß er ihn direct zum Eigenthümer mache, ist nicht haltbar. Die Literatur dieser Frage ist §. 155 Note 7 angegeben.

[14] L. 2 §. 6 D. pro. emt. 41. 4, l. 36 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2.

[15] In Betreff dieses Punktes widersprechen sich l. 36 D. de A. R. D. 41. 1 und l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Die Entscheidung aus dem Principe führt zu dem im Texte aufgestellten Satz. Der Bestimmungsgrund der Willenserklärung ist nicht Bestandtheil derselben (nicht stillschweigende Bedingung). An Vereinigungsversuchen hat es in alter und neuer Zeit nicht gefehlt (vgl. Pagenstecher II S. 218 fg., Böcking II S. 162—164, Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 233, Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL. 1, Schütze Jahrb. d. gem. R. III S. 429 fg., und die bei Vangerow I §. 311 Anm. 3 a. E. Citirten); aber keiner ist m. E. gelungen. Ein Widerspruch wird auch angenommen in der neuesten Darstellung der vorliegenden Frage, bei Voigt condictiones ob causam S. 134 fg.

[16] Daraus können im einzelnen Fall Zweifel entstehen. Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist folgender. Jemand beauftragt den Eigenthümer einer Sache (etwa seinen Schuldner), das Eigenthum derselben einem Andern zu übertragen: wird hier vorher der Auftraggeber zum Eigenthümer gemacht (unter Beschaffung der Tradition durch constitutum possessorium), so daß der Beauftragte dessen Eigenthum als sein Stellvertreter überträgt: oder geht auf den Empfänger unmittelbar das Eigenthum des Beauftragten über? Das Erste wird angenommen in l. 3 §. 12. 13 l. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 44 pr. D. de furtis 47. 2, l. 18 D. de cond. furt 13. 1, das Zweite in l. 26 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 38 §. 1 de sol. 46. 3, l. 15 D. de R. C. 12. 1, vgl. auch l. 61 D. de evict. 21. 2, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 65 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1. Die letzte Entscheidung wird als die allein richtige vertheidigt von Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 133—149.

[17] Es wird von Manchen geleugnet, daß die auflösende Befristung bei der Eigenthumsübertragung directe Wirkung habe, so daß das Eigenthum ohne Wei-

Kaufvertrags vorgenommenen Eigenthumsübertragung häufig vor, daß das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten wird[18]. Gerade beim Kaufe geht aber auch ohne diese Nebenbestimmung vor Zahlung des Kaufpreises das Eigenthum nur dann über, wenn der Käufer dem Verkäufer Sicherheit gegeben, oder auch ohne Sicherheit den Kaufpreis creditirt erhalten hat[19]. —

Die Besitzübergabe, in welcher der Eigenthumsübertragungsvertrag seinen Ausdruck finden muß, kann bestehen in einem unmittelbaren Verschaffen des Besitzes, aber auch in einem Ge-

---

teres an den Uebertragenden zurückfalle; vielmehr werde durch das Herankommen des Termins für den Erwerber nur eine Verpflichtung zur Rückgabe begründet. Böcking II S. 179. 180, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 88 fg., Sintenis I §. 39 Note 9. Dagegen l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, in der freilich Böcking nur eine Singularität für Schenkungen erblickt. Vgl. auch §. 96 Note 6.

[18] Pactum reservati dominii. Es wird darüber gestritten, ob durch einen solchen Vorbehalt nicht vielmehr eine auflösende, als eine aufschiebende Bedingung begründet werde. So namentlich Müller Arch. f. civ. Pr. XII. 13 und civil. Abhandl. Nr. 1; dagegen besonders Dunker Rhein. Mus. V S. 65 fg., vgl. Vangerow I §. 311 Anm. 2. Beide Meinungen verbindet Sintenis I §. 49 Note 21; er sieht in einem solchen Vorbehalte beim Kaufvertrage theils eine aufschiebende, theils eine auflösende Bedingung, oder wie er sich ausdrückt, „theils eine reine, theils eine modificirte Suspensivbedingung". Vgl. Seuff. Arch. I. 188, II. 10, VI. 147, X. 237. XII. 6; I. 319, X. 14, [XXI. 25, XXIII. 135].

[19] §. 41 I. de R. D. 2. 1, l. 19. 53 D. de contr. emt. 18. 1. Vgl. über diesen Satz Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen I Nr. 21, Strempel iusta causa bei der Tradition §. 11, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 46 fg. 199 fg., Thöl Handelsrecht I §. 68. 69. Der Satz hat seinen Grund nicht, wie Manche annehmen (so namentlich Strempel a. a. O., Puchta Instit. II §. 241. f. und Vorles. zu §. 148), in dem präsumtiven Willen des Eigenthümers, sondern in einer, vom positiven Recht (12 Taf., dawider Puchta Inst. a. a. O.) anerkannten, natürlichen Billigkeit, §. 41. I. cit. in Verbindung mit §. 40 eod. Umgekehrt erklärt Leist a. a. O. seiner allgemeinen Auffassung der naturalis ratio gemäß den Satz für ein „Naturgesetz", eine „Naturnothwendigkeit". [Bekker a. a. O. S. 246 fg.] S. übrigens auch Böcking II §. 147 Anm. 45 a. E. — Wann kann man sagen, daß der Kaufpreis creditirt sei? Darüber namentlich Cropp und Thöl a. a. OO. Seuff. Arch. VI. 10, XI. 120, XV. 201. — [Exner S. 338 fg., Goldschmidt I S. 836 fg., Nissen die kaufrechtliche Tradition (1869) Darüber Exner krit. VJSchr. XI S. 309 fg.]

statten der Inbesitznahme, worauf diese erfolgt[20]. Unter den ersten Fall gehört es auch, wenn der Uebertragende die Sache, welche er bis dahin in eigenem Namen besessen hat, im Namen des Erwerbers zu besitzen anfängt, oder wenn er dem Erwerber gestattet, für sich zu besitzen, was derselbe bisher für den Uebertragenden besessen hat[21]. Hat der Erwerber bereits in eigenem Namen besessen, so wird die Besitzübergabe vertreten durch die in der Eigenthumsübertragung liegende Anerkennung des bestehenden Zustandes[22].

Veräußerungsverbote*.

§. 172a.

Ein Veräußerungsverbot kann auf Gesetz, richterlicher Verfügung, oder Privatwillen beruhen. Beruht es auf Gesetz[1], so

---

[20] Vgl. §. 153 Note 5; l. 47 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 6 D. de don. 39. 5, l. 61 §. 8 D. de furtis 47. 2.

[21] S. g. constitutum possessorium (§. 155 Note 8) und brevi manu traditio (§. 154 Note 2). L. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 28. 35 §. 5 C. de don. 8. 54, l. 46 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 62 pr. D. de evict. 21. 2. In l. 9 §. 5 D. de A. R. D. 41. 1 wird von diesem letzteren Fall gesagt, es liege gar keine Tradition vor, deren Stelle werde aber durch das Gestatten des Behaltens vertreten (wie es auch von dem Gestatten des Inbesitznehmens in l. 6 D. de don. 39. 5 heißt: „quasi traditio facta videtur").

[22] L. 21 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. „Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit". L. 46. 47 D. de R. V. 6. 1. [Exner S. 21 fg.]

* Lauk Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 1 (1841). Bachofen ausgewählte Lehren Nr. 2—7 (1848). Pagenstecher I §. VIII—XI, Vangerow I §. 299, Böcking II §. 158.

§. 172a. [1] Gesetzliche Veräußerungsverbote sind: das Verbot der Veräußerung der in Streit befangenen Sache (§. 125), des Dotal- und des zur Eheschenkung gehörigen Grundstücks (II §. 497. §. 508 Note 8), der Sachen des s. g. peculium adventicium durch das Kind ohne Consens des Vaters (II §. 517 Note 15). Ferner ist aber auch ein gesetzliches Veräußerungsverbot enthalten in den Bestimmungen, durch welche dem Vormund die Veräußerung der Sachen des Mündels (II §. 441) und dem Verwalter des Vermögens von Kirchen und milden Stiftungen die Veräußerung der unbeweglichen Sachen derselben (Nov. 7. 120, c. 5 X. de reb. alien. 3. 13) mehr oder weniger untersagt wird. Man darf das Vorhandensein eines Veräußerungsverbotes in diesen letzten

ist die in Widerspruch mit demselben erfolgende Veräußerung regelmäßig[1a] nichtig[2]. Ein späteres Wegfallen des Veräußerungsverbotes (der thatsächlichen Voraussetzungen des Veräußerungsverbotes) vermag nach allgemeinen Grundsätzen die Ungültigkeit

---

Fällen nicht deßwegen leugnen, weil die genannten Personen nicht Eigenthümer sind; denn immerhin liegt in der ihnen eingeräumten Stellung die Veräußerungsbefugniß an und für sich allerdings. Weniger Grund hat es, wenn man gewöhnlich auch das Verbot der Veräußerung des peculium adventicium durch den Vater (II S. 517 Num. 2) und des lucrum nuptiale durch den parens binubus (II §. 511 zu Note 6) zu den gesetzlichen Veräußerungsverboten rechnet; die hier bezeichneten Personen sind weder Eigenthümer, noch in einer Stellung, welche sie zur Veräußerung an und für sich befähigte. Jedenfalls aber wird man in den Fällen, wo dem Eigenthümer die Veräußerungsbefugniß wegen mangelnder Handlungsfähigkeit abgeht (§. 71), von einem gesetzlichen Veräußerungsverbote nicht reden dürfen. — Beruht nicht auch die Veräußerungsunfähigkeit des mit einem Vermächtniß Beschwerten (l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43) wenigstens für gewisse Fälle auf einem gesetzlichen Veräußerungsverbot und nicht auf dem Rechte des Vermächtnißnehmers? So, und für den Fall des Erbschaftsvermächtnisses mit guten Gründen: E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach röm. Recht (1854). Vgl. §. 182 Note 14, III §. 648 Nr. 4. — Antiquirte Fälle gesetzlicher Veräußerungsverbote in: l. 52 D. de contr. emt. 18. 1 (Bachofen a. a. O. Nr. 7), l. 2 C. de eunuchis 5. 42, Cod. 10. 33 de praediis decurionum sine decreto non alienandis (Bachofen a. a. O. Nr. 6), l. 7 C. de agric. 11. 47, Cod. 11. 55 non licere habitatoribus metrocomiae loca sua ad extraneum transferre.

[1a] Ausnahme bei der res litigiosa, obgleich vielfach das Gegentheil angenommen wird. S. §. 125 Note 7.

[2] Die Nichtigkeit kann auch von dem Veräußerer selbst geltend gemacht werden (l. 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 1 C. de praed. dec. 10. 33, l. 7 C. de agricol. 11. 47). Man hat sich dawider auf l. 17 D. de evict. 21. 2 berufen; aber diese Stelle handelt nicht von einem Fall, wo der Eigenthumsübergang gesetzlich verboten ist, vgl. auch l. 32 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Es ist auch diese Befugniß des Veräußerers in der neueren Zeit ziemlich allgemein anerkannt worden (Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 183—187, Schmid I S. 36. 37, Vangerow I §. 299 Anm. Nr. 1, Böcking II §. 158 Note 6, Pagenstecher I S. 71. 72, Sintenis I §. 38 Note 9, Holzschuher II §. 105 Nr. 2). Früher wurde vielfach das Gegentheil gelehrt, schlechthin oder mit Ausnahme der lediglich im Interesse des Veräußerers getroffenen Veräußerungsverbote, vgl. Lauk a. a. O. S. 8—10. Für daß Veräußerungsverbot des Dotalgrundstücks wird diese Ansicht auch jetzt noch vertheidigt von Puchta Vorles. zu §. 417 a. E., Bachofen a. a. O. S. 108, Fitting

der Veräußerung nicht zu heben; jedoch kann jetzt der Eigenthümer die Nichtigkeit der Veräußerung nicht mehr geltend machen; es gelten hier dieselben Grundsätze, wie in dem Falle, wo der veräußernde Nichteigenthümer hinterher Eigenthümer wird[3]. Gleichfalls Nichtigkeit der Veräußerung hat ein richterliches Veräußerungsverbot zur Folge[4]. Anders aber verhält es sich mit den auf Privatwillen beruhenden Veräußerungsverboten. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot ist ohne alle rechtliche Bedeutung. Zwar wenn es mit Rücksicht darauf getroffen ist, daß die betreffende Sache später an einen Andern fallen soll, tritt Nichtigkeit der Veräußerung allerdings ein; aber der Grund dieser Nichtigkeit ist nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sie würde ganz in gleicher Weise auch ohne dasselbe eintreten; ihr Grund ist das Recht des Dritten, oder, wenn überhaupt ein Veräußerungsverbot, ein gesetzliches (Note 1)[5]. Ein vertragsmäßiges

---

Arch. f. civ. Pr. XLII S. 167—172; s. dagegen Brandis a. a. O. S. 191—194, Vangerow I §. 218 Anm. 3, Arndts §. 402 Anm. 4, [Bechmann Dotalrecht II S. 457. 459]. Gegen das hier Gelehrte auch Seuff. Arch. VI. 217. 231, IX. 169 [dafür XIX. 161, XXII. 12 a. E.]. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machende Veräußerer nicht zur Entschädigung verpflichtet ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob eine gültige Verpflichtung zur Veräußerung vorliegt (vgl. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung §. 3).

[3] In diesem Sinne ist, wie die Schlußworte unzweifelhaft machen, zu verstehen l. 42 D. de usurp. 41. 3. „Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet: quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit".

[4] L. 12 D. de usurp. 41. 3, l. 7 §. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 8 D. de pollic. 50. 12. Manche (Lauk a. a. O. S. 3, Böcking II §. 158 Note 5, Brinz S. 190) wollen die richterlichen Veräußerungsverbote als eine besondere Art der Veräußerungsverbote nicht anerkennen. S. dagegen Pagenstecher I S. 68—70, Arndts §. 132 Note 2. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 273 fg.]

[5] L. 114 §. 14 D. de leg. I° 30, l. 93 pr. D. de leg. III° 32, l. 69 §. 3 l. 77 §. 27 D. de leg. II° 31, l. 38 pr. D. de leg. III° 32; l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43. Vgl. Note 1 und die dort citirte Schrift von E. A. Seuffert. Von einem Falle wie der hier bezeichnete ist auch zu verstehen l. 7 C. de reb. al. 4. 51. In l. 2 C. de usuc. pro emt. 7. 26 ist

Veräußerungsverbot begründet, wenn die Veräußerung dennoch erfolgt, ein Forderungsrecht auf Rückgabe des mit der Auflage der Nichtveräußerung Gegebenen[6] oder auf Entschädigung[7]; aber nichtig macht es die Veräußerung nicht[8].

---

das Wirksame nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sondern die testamentarische Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt. Seuff. Arch. III. 302. [Fitting a. a. O. S. 270 fg.]

[6] Nach dem Rechte der Voraussetzung (§. 98). L. 3 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

[7] L. 75 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 135 §. 3 D. de V. O. 45. 1. Von der Gültigkeit der Obligation auf Nichtveräußerung reden auch l. 7 C. de reb. al. 4. 51, l. 9 C. de pact. int. emt. 4. 54.

[8] L. 61 D. de pact. 2. 14. „Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet". Gibt es Ausnahmen von diesem Satz? Eine unzweifelhafte aber antiquirte in l. 5 C. si manc. 4. 57. Eine andere ist nach der Lesart der Florentina enthalten in l. 7 §. 2 D. de distr. pign. 20. 5. „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur". Zwar hatten die Glossatoren Handschriften, in denen gelesen wurde: nullam esse pactionem (oder conventionem), ut venditioni stetur, und diese Lesart wird von Manchen für die richtige erklärt, indem Einige zugleich den Anfang so ändern: „si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere" (zu den Letzteren gehören namentlich Puchta Zeitschr. f. gesch. RW. XII 6 [kl. civ. Schriften Nr. 38] und Böcking II S. 193—195); aber bei der Bestätigung, welche die Florentina durch die Basiliken (XXV. 7. 7) empfängt, verdient jene Abweichung nicht die mindeste Beachtung. Soll hier geholfen werden, so kann dieß nur durch Conjectur geschehen, und sinnreich schlägt jetzt Mommsen vor: „et certum est, nullam esse (sc. pactionem), *nec impediendam esse* venditionem, ut pactioni stetur." Nähere Literaturangaben bei Böcking a. a. O. und Vangerow I §. 299 Anm. Nr. 41; s. noch Dernburg Pfandr. II S. 20—28. Pagenstecher I S. 62 a. O. will die Stelle verstanden wissen von dem Vertrage über die Nichtveräußerung des dem Schuldner von einem Dritten (seinem Schuldner) gegebenen Pfandes. Dagegen Vangerow a. a. O., Arndts §. 132 Anm. 5 a. E. — Particularrechtlich kann das Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit gewinnen. Mittermaier deutsch. Privatr. I §. 263 a. E., Seuff. Arch. I. 176.

C. Eigenthumsübergang durch Richterspruch.

§. 173.

Der Richter kann durch seinen Spruch Eigenthum übertragen im Theilungsprocesse (Adjudication)[1]; ferner, wenn sich für das Pfand kein Käufer findet[2], und im Falle, wo der Eigenthümer eines Grundstücks, von welchem Schaden zu fürchten ist, für den Ersatz desselben Sicherheit zu geben beharrlich sich weigert[3]. Dadurch daß der Richter im Eigenthumsproceß ein dem Kläger günstiges Urtheil erläßt, begründet er nicht Eigenthum, sondern erkennt das vorhandene an[4]. Dagegen gehört in diesen Zusammenhang noch der Fall, wo der Richter ein Urtheil auf Eigenthumsübertragung erläßt und gegen den widerwilligen Beklagten durch Wegnahme der Sache vollstreckt; durch Uebergabe der Sache an den Kläger macht er denselben zum Eigenthümer, indem er den Willen des bisherigen Eigenthümers durch seinen Willen ersetzt[5].

---

§. 173. [1] Der Richter kann durch seinen Spruch sonst nur obligatorische Rechte begründen, im Theilungsproceß auch dingliche, und so auch Eigenthum, zu Gunsten der Theilhaber oder Fremder. S. §. 7 I. de off. iud. 4. 17, l. 6 §. 3 D. de statulib. 40. 7, l. 17 D. de usurp. 41. 3, und vgl. II §. 449 Note 19—21. [Vgl. Regelsberger civilrechtl. Erörterungen I S. 193 fg.]

[2] Nach römischem Recht war bei nicht gerichtlichen Pfändern eine Zuerkennung durch den Kaiser nöthig. L. 15 §. 3 D. de re iud. 42. 1, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23, Cod. 8. 34 de iure dominii impetrando. Vgl. §. 238.

[3] S. g. cautio damni infecti. S. II §. 458. 459. Nach römischem Recht wurde durch den Spruch des Richters (Magistratus) nicht eigentliches Eigenthum erworben, sondern nur Besitz mit gerichtlichem Eigenthumsschutz (s. g. bonitarisches Eigenthum), welcher sich erst durch die Vollendung der Ersitzung in eigentliches (civiles) Eigenthum verwandelte. L. 7 pr. l. 15 §. 21. 23. 26. 27. 33 D. de damno inf. 39. 2.

[4] Vgl. l. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5. „Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi: sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari". L. 35 §. 1 D. de R. V. 6. 1.

[5] Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproz. I S. 339 (römischer Civilproz. III S. 313. 314), Wetzell System des Civilproc. §. 50 Note 82, vgl. Wächter das Superficiar- oder Platzrecht (Leipzig 1868) S. 105. A. M. Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 2.

D. Eigenthumsübergang durch Gesetz.

§. 174.

Unmittelbar durch Gesetz, ohne Vermittlung durch die Willenserklärung des Eigenthümers oder Richters, geht das Eigenthum über[1]:

1) in gewissen Fällen zur Strafe des Eigenthümers (Verwirkung): so das Eigenthum der Sache, in Betreff deren der Eigenthümer sich einer Selbsthülfe schuldig macht, an den Besitzer (§. 123 Num. 2); das Eigenthum der dem Zoll entzogenen Sache an die Zollbehörde[2]; das Eigenthum der zum Ehegewinn gehörigen Sachen im Falle der Wiederverheirathung an die Kinder der ersten Ehe[3]; das Miteigenthum an einem gemeinschaftlichen Gebäude im Falle verweigerter Beihülfe zur Reparatur an den Miteigenthümer[4]. Mit dieser letzteren Bestimmung läßt sich die andere zusammenstellen, daß das Eigenthum eines fruchttragenden, vom Eigenthümer vernachlässigten, steuerpflichtigen Grundstücks an denjenigen übergeht, welcher es in Cultur nimmt[5]. — Ferner gehören hierher

2) eine Reihe von Fällen, in welchen ein obligatorisch Berechtigter die Wahl hat, ob er sein obligatorisches Recht geltend machen, oder ob er die Sache, welche er zu fordern hat, bez. das für den Forderungsgegenstand Angeschaffte, sofort als die seinige in Anspruch nehmen will. Diese Befugniß steht zu: a) der Ehefrau, an welche nach aufgelöster Ehe die Dos fällt, in Betreff

---

[1] Zu den im Folgenden genannten Sätzen fügen Andere den allgemeinen Satz hinzu, daß jedes turpe lucrum, auf welches kein Dritter einen Anspruch habe, an den Fiscus falle. Dafür das Urtheil bei Seuff. XI. 155. § 174.

[2] L. 14 l. 11 §. 2 D. de public. 39. 4. Näheres: l. 16 §. 10 eod.; l. 7 §. 1 eod., l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4; l. 3 C. de vectigalibus 4. 61; l. 2 C. eod. (die Verwirkung kann nur binnen 5 Jahren geltend gemacht werden). [Goldschmidt Handelsr. I §. 78 Note 22.]

[3] S. II §. 511.

[4] S. §. 169a Note 4 Num. 4.

[5] Der Eigenthumsübergang erfolgt jedoch erst, wenn sich der bisherige Eigenthümer binnen zwei Jahren nicht meldet und dem Bebauer seine Auslagen ersetzt. L. 8 C. de omni agro des. 11. 58. Schmid §. 7 Note 50, Vangerow I §. 313, Böcking §. 154. l—o, Holzschuher II §. 106 Nr. 2.

der vom Manne noch nicht in berechtigter Weise veräußerten Sachen[6]; b) dem Mündel in Betreff des vom Vormunde mit seinem Gelde Angeschafften[7]; c) dem Soldaten in Betreff des mit seinem Gelde Angeschafften[8].[9]

---

[6] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Vgl. II §. 503 Num. 2.

[7] L. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 3 C. arb. tut. 5. 51.

[8] L. 8 C. de R. V. 3. 32. Ob der Anschaffende Geschäftsführer des Soldaten war, oder nicht, ist gleichgültig. A. M. Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 145, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 352, Vangerow in der 7. Aufl. I S. 630. Es ist zuzugeben, daß diese beschränkende Auslegung der l. 8 C. cit. möglich ist; doch ist sie in keiner Weise geboten.

[9] In den unter b) und c) genannten Fällen wird dem Berechtigten eine rei vindicatio utilis gegeben. Ich betrachte dieselbe als Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsrechts, wie die rei vindicatio utilis des bonitarischen Eigenthümers. Dagegen hat Jhering (Jahrb. f. Dogm. I S. 120 fg.) die Ansicht aufgestellt, dieselbe sei nur eine andere Form der Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs, und daher namentlich gegen jeden dritten Besitzer ausgeschlossen; und die gleiche Natur spricht Jhering der Vindication der Ehefrau auf die Dotalsachen zu. Nun ist es auch unbestreitbar, daß die rei vindicatio utilis der Quellen in einer Reihe von Fällen die bezeichnete Function wirklich hat. Dahin gehören unzweifelhaft die Fälle der l. 9 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, der l. 5 §. 3 D. de R. V. 6. 1 (§. 34 I. de R. D. 2. 1), und der l. 55 vgl. l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (Windscheid die Actio 2c. S. 214—216), und auch die Fälle der l. 30 D. de mort. c. don. 39. 6, der l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, und der l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55 bin ich jetzt geneigt, hierher zu stellen, nach dem Princip, daß ohne Noth keine Singularität, und nicht statt einer kleineren die größere, angenommen werden soll. Dagegen vertragen m. A. nach eine solche beschränkende Auslegung weder l. 30 C. de I. D. 5. 12, noch l. 2 D. quando ex facto tut. 26. 9, jene nicht wegen ihres Schlußsatzes über den Beginn der Verjährung des Dotalanspruchs, diese nicht wegen der in ihr enthaltenen Zusammenstellung der rei vindicatio utilis mit der utilis in personam actio, welche unbezweifelt Ausdruck des übergegangenen Forderungsrechts ist. Die Auslegung der l. 2 cit. muß dann auch maßgebend sein für die Auslegung der l. 8 C. de R. V. cit. Windscheid a. a. O. S. 217. 218. Gegen Jhering: Arndts §. 145 Anm. 3 und Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI. 9, welcher Letztere in allen hier genannten Fällen „fingirtes Eigenthum" annimmt; theilweise, wie hier, Voigt condictiones ob causam §. 85, welcher aber die rei vindicatio im Jhering'schen Sinne noch weiter beschränkt, als hier geschehen. — Nach einer noch anderen Meinung ist die Stellung des Mündels und des Soldaten (und des Ehegatten in l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) gleich der eines Cessionars der rei vindicatio, so daß zwar sein Klagerecht nicht auf die Person des Anschaf-

E. Ersitzung*.

Einleitung.

§. 175.

Der allgemeine Gedanke der Verjährung (§. 105) findet seine Anwendung auch bei dem Erwerbe des Eigenthums; Eigenthümer ist, wer eine Sache längere Zeit hindurch besessen hat; man sagt, er habe die Sache ersessen[1]. Jedoch führt der langdauernde Besitz nicht in allen Fällen zum Eigenthumserwerb; die Ersitzung hat außer dem Besitze noch andere Erfordernisse. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen Ersitzung und der von Justinian neu eingeführten außerordentlichen.

---

fenden beschränkt sein, aber erlöschen soll, wenn dieser sein Eigenthumsrecht verliert, und daher namentlich auch nicht gegen dessen Singularsuccessor gehen soll. So Vangerow I §. 332 Anm. 3 Nr. III. 2 und (für den Mündel) Dernburg Pfandrecht I S. 326. — Vgl. auch noch Schmid I S. 271—276, Pagenstecher III S. 22—25, Sintenis I §. 52 Anm. 7. [A. Schmid Grundlehren der Cession II S. 337 fg.]

* Inst. 2. 6 de usucapionibus et longi temporis possessionibus. Dig. 41. 3 de usurpationibus et usucapionibus; 41. 4—10. Cod. 7. 33 de praescriptione longi temporis X vel XX annorum; 7. 26—31. 34—40. — Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre (1827), 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer (1858), an den betreffenden Stellen. Reinhardt die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts (1832). Schirmer die Grundidee der Usucapion im römischen Recht (1855), und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 7. 9. XVI. 1 (1858. 1859). Pagenstecher II S. 229—355, Schmid I S. 184—267. Böcking II §. 144—149, Sintenis I §. 51, Vangerow I §. 314—325.

[1] Die deutschen Ausdrücke „ersitzen, Ersitzung" entsprechen unmittelbar den römischen „usucapere, usucapio". Die Stellen, in welchen der der Ersitzung zu Grunde liegende Gedanke bezeichnet wird, s. in dem citirten §. 105 Note 3 und 4. Von den verschiedenen Schriftstellern wird der der Ersitzung zu Grunde liegende Gedanke in verschiedener Weise gefaßt, indem bald mehr die Zeit (so unter den Neueren namentlich Stintzing das Wesen von Bona Fides und Titulus in der Römischen Usucapionslehre [1852]), bald mehr der gute Glaube, bald mehr der Titel (Scheurl Beiträge II Nr. 15), bald mehr der Besitz (Schirmer die Grundidee rc. §. 1. 2) betont wird. Dem Letzteren ist die Ersitzung „die thatsächlich durchgeführte und mit Rücksicht darauf auch vom Rechte anerkannte Unterwerfung der Sache unter die Herrschaftssphäre der vermögensrechtlichen Persönlichkeit". §. 175.

Zu jener ist erforderlich, daß der Besitz zugleich subjectiv redlich und objectiv gerechtfertigt gewesen sei[2]; außerdem erleidet sie Ausnahmen in solchen Fällen, in welchen der Verlust des Eigenthums für den Eigenthümer eine unbillige Härte sein würde. Die außerordentliche Ersitzung verlangt nichts, als Vollendung der Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache bei Redlichkeit des Besitzes. —

Die ordentliche Ersitzung des römischen Rechts ist zusammengewachsen aus zwei ursprünglich sehr verschiedenen Instituten, der usucaqio und der longi temporis praescriptio. Justinian hat der usucapio die unbeweglichen Sachen, der longi temporis praescriptio die beweglichen entzogen, die letztere zugleich auf alle unbeweglichen Sachen ausgedehnt. Dabei setzt er voraus, daß nach den von ihm getroffenen Aenderungen ein Unterschied zwischen dem Recht der usucapio und dem der longi temporis praescriptio nicht mehr bestehe; und diese Voraussetzung ist in der That zutreffend[3]. —

---

[2] Daß, wenn der Besitz diese Eigenschaften nicht hat, der Besitzer sie ihm durch seinen Entschluß nicht geben kann, versteht sich von selbst. Wenn es nichtsdestoweniger in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben wird („nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest“), so hat das lediglich einen rechtshistorischen Grund. Im älteren Recht gab es nämlich Fälle, in denen ohne Redlichkeit und Rechtfertigung ersessen werden konnte (Gai. II. 52—60); für diese Fälle hatte jene Regel guten Sinn: es sollte Niemand einen in anderer Meinung ergriffenen Besitz zu einer solchen Ersitzung benützen können, vgl. l. 33 §. 1 D. h. t., l. 2 §. 1. 2 D. pro her. 41. 5. Später ist dann die Regel auch auf andere Fälle der Ersitzung, ja über die Ersitzung hinaus, angewendet worden, wo sie sehr überflüssig war. Vgl. l. 33 §. 1 D. h. t., l. 2 §. ult. D. pro emt. 41. 4, l. 1 §. 2 D. pro don. 41. 6, l. 3 §. 19. 20 D. de poss. 41. 2, l. 6 §. 3 D. de prec. 43. 26, l. 23 C. loc. 4. 65, l. 5 C. de poss. 7. 32. Unterholzner I §. 100, Savigny Besitz S. 75—80 (82—86), Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 433 fg. (hier auch die übrige Literatur). S. auch Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 24—27.

[3] Ueber die Geschichte der Ersitzung im römischen Rechte s. Unterholzner II §. 173—178, Puchta Inst. II §. 239. 240. Das Gesetz, durch welches Justinian dem Recht der ordentlichen Ersitzung seine letzte Gestalt gegeben hat, ist vom Jahre 531, und steht im Codex als l. un. de usucapione transformanda 7. 31. Vgl. den Bericht darüber in pr. I. de usuc. 2. 6. Der Sinn der l. un. C. cit. ist übrigens ein sehr bestrittener. Der im Text aufgestellten Ansicht gegenüber behaupten Andere, Justinian habe durch dieses

Im Folgenden iſt näher von den Erforderniſſen zuerſt der ordentlichen, dann der außerordentlichen Erſitzung zu handeln.

Erforderniſſe der ordentlichen Erſitzung.

a. Beſitz.

§. 175a.

Das erſte Erforderniß der ordentlichen Erſitzung iſt Beſitz, und zwar Beſitz im juriſtiſchen Sinne des Wortes, juriſtiſcher Beſitz, d. h. thatſächliches Haben der Sache mit dem Willen, die Sache für ſich, wie eine eigene, zu haben, realiſirter Aneignungswille (§. 148)[1]. Was nicht beſeſſen werden kann, kann nicht er-

---

Geſetz ein einiges Rechtsinſtitut geſchaffen, ſtreiten aber unter ſich wieder darüber, ob dieſes Rechtsinſtitut als usucapio oder als longi temporis praescriptio gedacht werden müſſe (für die erſte Meinung u. A. Unterholzner II §. 178, Savigny VI S. 57—60, Vangerow I §. 316, Sintenis I §. 51 Note 7, und im Reſultate auch Brinz S. 207; für die zweite u. A. Schmid I §. 14 Note 3, May über den Charakter der ordentlichen Eigenthumserſitzung nach der Const. un. C. de usuc. transform. [1847], Pagenſtecher II S. 245). Die hier vertretene Anſicht, nach welcher Juſtinian auch in der l. un. C. cit. zwiſchen usucapio und l. t. praescriptio noch unterſcheidet, findet ſich ſchon in der Gloſſe; unter den Neueren theilen ſie u. A. Hameaux die Usucapio und longi temporis Praescriptio (1835), Madai Beiträge zur Dogmengeſchichte Nr. 1 (1839; dieſer mit einer ihm eigenthümlichen Modification), Puchta §. 155 a. E., Arndts Beiträge I S. 94—101 und Pand. §. 157 Anm. 6. Daß im neueſten Recht zwiſchen usucapio und praescriptio kein Unterſchied mehr beſtehe, wird an den betreffenden Punkten zu zeigen ſein. Eine Reihe von Unterſcheidungen hat Hameaux in der oben citirten Schrift aufgeſtellt; dagegen May §. 2—10 und Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 8. 16.

[1] L. 3. 25 D. h. t., l. 13 pr. eod. — Wie erklärt ſich l. 44 §. 4 D. h. t.? „Filiusfamilias emtor alienae rei, cum patremfamilias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessiones adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit“. Der Hausſohn hat zwar nicht direct für ſich beſeſſen, aber auch nicht für den Vater, ſondern für ein Vermögen (das peculium iſt „quasi patrimonium liberi hominis“, l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1), welches das ſeinige war, ohne daß er es wußte. Vgl. Scheurl Beiträge II S. 59 und unten §. 176 Note 6 a. E., §. 177 Note 9.

sessen werden, so nicht die Sachgesammtheit (§. 152 Note 3) und der Sachbestandtheil (§. 152 Note 5). Es ist jedoch, was den Sachbestandtheil angeht, bereits bemerkt worden (a. a. O.), daß die begonnene Ersitzung einer Sache dadurch nicht unterbrochen wird, daß der Besitzer sie in eine andere von ihm besessene Sache als Bestandtheil einfügt, und wenn nach vollendeter Ersitzung eines Ganzen dasselbe in sein Bestandtheile zerlegt, oder ein Bestandtheil von demselben losgelöst wird, so lebt das Eigenthumsrecht, welches vor der Verbindung an den Bestandtheilen als selbständigen Sachen vorhanden gewesen ist, nicht unbedingt wieder auf, nämlich dann nicht, wenn es demjenigen zustand, der auch Eigenthümer des ersessenen Ganzen war, und die Verbindung auf seinem Willen beruhte[2].

---

[2] Eine sehr bestrittene Frage. Die Quellen enthalten die Entscheidung (l. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 11 D. de A. R. D. 41. 1), daß, wenn Jemand mit fremdem Baumaterial auf seinem Grund und Boden ein Gebäude errichtet habe, und dieses Gebäude dann von einem Andern ersessen worden sei, der ursprüngliche Eigenthümer des Baumaterials dasselbe nach seiner Ablösung trotz der in der Mitte liegenden Ersitzung als das seinige in Anspruch nehmen könne. In dieser Entscheidung sieht Savigny (Besitz S. 304. 308. S. LXVII—LXXII [265. 268. 271—275], zustimmend Kierulff S. 376 Note **, Pape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 241) eine positive Ausnahme, beruhend auf der durch die 12 Tafeln verfügten Unlösbarkeit des eingebauten Baumaterials, während sonst die Regel die sei, daß das durch Ersitzung an einem Ganzen erworbene Eigenthum durch Auflösung des Ganzen in seine Theile nicht aufgehoben werde. Andere (Windscheid Sell's Jahrb. I S. 469—471, Vangerow I §. 204 Anm. 2 Nr. 3, Binding Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 365—367. 383—385, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 155 fg.) sehen in dieser Entscheidung umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die Ersitzung eines Ganzen das Eigenthum seiner Bestandtheile als selbständiger Sachen, d. h. auch für die Zeit, wo dieselben durch Loslösung wieder selbständige Sachen geworden seien, nicht gewähre, beschränken aber diese Regel auf den in den genannten Stellen bezeichneten Fall, wo der Eigenthümer der verbundenen Sache ein anderer sei, als der Eigenthümer des ersessenen Ganzen. Noch Andere (Unterholzner I S. 155. 156, Sintenis Arch. f. civ. Pr. XX S. 86—90, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 381—385) lassen auch diese Beschränkung fallen, und stellen den allgemeinen Satz auf, daß die Ersitzung eines Ganzen nie Eigenthum seiner Bestandtheile als selbständiger Sachen gewähre, also auch der frühere Eigenthümer des ersessenen Ganzen sie nach ihrer Trennung als die seinigen in Anspruch

b. Redlicher Beſitz (guter Glaube)*.

§. 176.

Nicht jeder Beſitz reicht zur Erſitzung hin, ſondern nur der redliche Beſitz[1], oder wie man gewöhnlich, nach Vorgang der Quellen, ſagt, nur der Beſitz in gutem Glauben. Unter gutem

nehmen könne, wenn er vor ihrer Verbindung an ihnen als ſelbſtändigen Sachen Eigenthum gehabt habe. — Die Savigny'ſche Meinung iſt gewiß unhaltbar. Die angeführten Stellen geben ſehr beſtimmt den Grund ihrer Entſcheidung an; dieſer iſt aber nicht die Unlösbarkeit des Baumaterials, ſondern eben der, daß im Ganzen (dem Gebäude) nicht der Beſtandtheil als ſelbſtändige Sache (das Baumaterial als dieſes) erſeſſen werde („nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat"; „causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent, quod non placuit"). Die Frage kann daher nur die ſein, ob dieſe Regel als unbedingte aufgeſtellt, oder im Sinne der zweiten Anſicht beſchränkt werden müſſe. Ich bin jetzt der Anſicht, daß ſie an und für ſich allerdings als unbedingte anerkannt werden muß. Iſt in der That der Beſtandtheil als ſelbſtändige Sache etwas Anderes, als er in ſeiner Eigenſchaft als Beſtandtheil iſt, ſo iſt er das für Jedweden; es iſt nicht abzuſehen, warum er es für den einen Eigenthümer weniger ſein ſollte, als für den andern. Es iſt dabei aber zuzuſehen, ob in einem gegebenen Fall derjenige, welcher vor der Einfügung des Beſtandtheils an ihm als ſelbſtändiger Sache Eigenthum hatte, ihn auch nach ſeiner Trennung noch als Gegenſtand beſonderen Eigenthumsrechts zu behandeln befugt iſt, und dieſe Befugniß darf ihm, wie ich glaube, in dem Falle nicht zugeſtanden werden, wo er ſelbſt die Verbindung vorgenommen, oder die von einem Andern vorgenommene hinterher anerkannt hat. Dadurch daß er dieß gethan hat, hat er auf das Eigenthum an dem Verbundenen als ſelbſtändiger Sache definitiv verzichtet, und den Willen an den Tag gelegt, daß er an demſelben nur in ſeiner Eigenſchaft als Beſtandtheil Eigenthum haben wolle. Dieſe Inſtanz gegen ihn fällt aber fort, wenn die Verbindung nicht mit ſeinem Willen geſchehen iſt. In dieſem Falle daher (wenn alſo z. B. der Beſitzer des Hauſes während der Erſitzungszeit Baumaterial, welches dem Eigenthümer des Hauſes gehört, in daſſelbe einfügt) kann er den losgelöſten Beſtandtheil als den ſeinigen in Anſpruch nehmen, trotzdem daß gerade ihm das Eigenthum des Ganzen aberſeſſen worden iſt.

* Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (1820). Stintzing das Weſen von bona fides und titulus in der römiſchen Uſucapionslehre (1852). Scheurl Beitr. II Nr. 15 (1854). Schirmer Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. XV. 7. 9 (1858). Burckhard daſ. XXI. 9. 10. (1864). Unterholzner I §. 94—101. 117—121.

[1] L. 2 §. 1 D. pro emt. 41. 4.

Glauben iſt zu verſtehen die redliche Ueberzeugung, daß man in der Aneigung der Sache kein materielles[2] Unrecht begehe[3]. Der gute Glaube wird ſich regelmäßig darſtellen als die Ueberzeugung, daß man Eigenthümer geworden ſei[4]; aber nothwendig iſt dieß nicht[5], er kann vorhanden ſein ohne dieſe Ueberzeugung[6],

---

[2] Darüber das Nähere in Note 6. 7. Vgl. Schirmer XV S. 229—252.

[3] Es iſt gleich, ob man die Definition des guten Glaubens auf die Ueberzeugung von der Abweſenheit des Unrechts, oder auf die Ueberzeugung von dem Vorhandenſein des Rechts ſtellt; denn jene iſt dieſe. Die Ueberzeugung von der Abweſenheit des Unrechts beginnt erſt mit der Ueberzeugung von dem Daſein des Rechts: die Aneignung einer Sache iſt ſo lange Unrecht, bis ſie Recht iſt. Eine andere Frage aber iſt, ob zu dem guten Glauben überhaupt eine poſitive Ueberzeugung verlangt werden muß, oder ob zu demſelben die Abweſenheit der Ueberzeugung des Unrechts genügt. Man muß ſich für das Erſtere entſcheiden. Von demjenigen, welcher ſich eine Sache aneignet, ohne irgend welche Gründe für Recht oder Unrecht zu haben, wird man gewiß nicht ſagen dürfen, er verfahre in gutem Glauben; ebenſo wenig aber von demjenigen, welcher im Zweifel iſt, d. h. bei dem zwar die Gründe für das Unrecht durch die Gründe für das Recht aufgewogen werden, aber auch umgekehrt dieſe durch jene. Ueberwiegen die Gründe auf der einen oder der andern Seite, ſo iſt immerhin eine Ueberzeugung vorhanden. S. l. 6 §. 1 D. pro emt. 41. 4. „Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint sciam, reliquos usucapiam; quodsi ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum“. L. 4 pr. eod. Vgl. Schirmer XV S. 214—229. Abweichend, aber nicht durchweg mit Auseinanderhaltung der beiden hier geſchiedenen Fragen, Stintzing S. 57 fg. 123, Scheurl Beiträge I §. 51 Note 9, Burckhard S. 329—337, theilweiſe Böcking §. 147.

[4] Vgl. l. 38 D. h. t., l. 5 D. pro suo 41. 10, l. 1 pr. eod., l. 20 §. 6 D. de H. P. 5. 3.

[5] Die früher herrſchende Auffaſſung identificirte den guten Glauben mit dem Glauben, Eigenthümer geworden zu ſein (ſ. namentlich Möllenthiel §. 4), und dieſe Auffaſſung findet ſich auch noch bei neueren Schriftſtellern (ſo bei Savigny III S. 370 fg., Puchta §. 157, Keller §. 133, vgl. Böcking S. 101, 102). Es iſt das Verdienſt Stintzing's, auf das Irrige derſelben hingewieſen zu haben. Dieſer Schriftſteller geht aber ſeinerſeits zu weit, wenn er den guten Glauben zu etwas rein Negativem macht, zur Abweſenheit des Bewußtſeins des Unrechts. S. auch Burckhard S. 287 fg.

[6] L. 5 pr. D. pro. der. 41. 7. „Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatum sciens emero, quia quasi volente et concedente do-

und kann fehlen, obgleich man diese Ueberzeugung hat[7]. Der gute Glaube läßt sich auch bezeichnen als Glaube an das Vorhandensein aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde. Unter diesen Umständen ist von besonderer Wichtigkeit das Eigenthum bez. Nichteigenthum des Rechtsvorgängers; daher die Quellen den guten Glauben auch geradezu bezeichnen als Glauben an das Eigenthum oder Nichtwissen von dem Nichteigenthum des Rechtsvorgängers[8].

---

mino id faceres, idem iuris est". Hierher gehört der zweite Theil der Stelle. Der Käufer weiß, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer ist und ihn nicht zum Eigenthümer macht; aber er weiß auch, daß derselbe mit dem Willen des Eigenthümers die Sache als eigene hat und darüber verfügt (daß die Schenkung des Eigenthümers ihm „causam possidendi praestitit", l. 36 pr. D. de don i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 29 D. h. t., Vat. fr. §. 260), daß also auch er selbst, indem er sich die Sache aneignet, materiell kein Unrecht thut. In gleicher Weise kann der beschenkte Ehegatte selbst ersitzen, wenn der schenkende nicht Eigenthümer war, l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6. (L. 1 §. 2 D. pro don. 41. 6 handelt von der Schenkung einer eigenen Sache [vgl. übrigens zu dieser Stelle Unterholzner I S. 393, Savigny IV §. 156. e]; ebenso l. 19 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1; beide Stellen beruhen darauf, daß der Beschenkte nicht zum Nachtheil des Schenkers reicher werden soll.) Einen andern Fall, wo ersessen wird, „quamvis sciens alienum possideam", s. in l. 28 D. de nox. act. 9. 4 (quoniam . . iustam causam possidendi habeo"). Vgl. auch Vat. Fr. 1. Wie erklärt sich aber l. 44 §. 4 D. h. t. (§. 175 Note 1)? Ist der Haussohn nicht im Bewußtsein materiellen Unrechts, indem er sich aneignet, wovon er glaubt, daß es seinem Vater gehöre? Antwort: die Stelle nimmt gar nicht an, daß der Sohn die Sache sich aneignen wolle, sie nimmt an, er wolle die Sache für sein Peculium erwerben und haben („rem ex peculiari causa quaesitam").

[7] L. 48 D. h. t. „Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse . .". Ebenso l. 3 D. pro suo 41. 10. Vgl. auch l. 7 §. 6 D. pro emt. 41. 4 und l. 6 C. de praescr. l. t. 7. 33 (zu der letzten Stelle Schirmer XV S. 249. 250). L. 13 §. 2 D. h. t. enthält keinen Widerspruch, entweder weil nicht angenommen wird, daß der Beauftragte die Absicht habe, das Erworbene dem Auftraggeber vorzuenthalten, oder weil er jedenfalls in der ursprünglichen Aneignung der Sache kein Unrecht thut, nur in dem Behalten derselben. Vgl. noch l. 8 D. pro emt. 41. 4.

[8] Gai. II. 43: — „si modo ea bona fide acceperimus, cum crede-

§. 177.

In Betreff des Erfordernisses des guten Glaubens ist noch folgendes Nähere zu bemerken.

1) Der gute Glaube muß zur Zeit der Besitzergreifung vorhanden sein; erfolgt dieselbe aber auf Grund eines Kaufes, schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufes[1]. Diese Vorschrift des römischen Rechts ist heutzutage auf jedes Rechtsgeschäft auszudehnen, in welchem, wie im Kauf, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet ist[2].

---

remus, eum, qui tradiderit, dominum esse". Pr. I. h. t.: — „qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit". Theoph. ad h. l.; l. 27 D. de contrah. emt. 18. 1. L. 109 D. de V. S. 50. 16. „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum qui vendidit, ius vendendi habere, puto procuratorem aut tutorem esse". L. 2 §. 13. 17 l. 6 §. 1 l. 7 §. 4. 5. 6 D. pro emt. 41. 4. Vgl. l. 13 §. 1 D. h. t. „Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse receptum est". Auf Grund dieser Quellenaussprüche will Brinz S. 210—213 die Definition des guten Glaubens auf den Glauben an das Eigenthum und die Fähigkeit des Auctors oder an die Vollmacht seines Vertreters gestellt wissen, so daß die Kenntniß von sonstigen Gründen, durch welche die Aneignung unbefugt wird, nicht mala fides wäre. So auch Vangerow in der 7. Aufl. I §. 321 Anm. 1. Dawider Burckhard S. 310 fg.

§. 177. [1] L. 2 pr. §. 13 D. pro emt. 41. 4, l. 48 D. h. t. (über l. 10 eod. vgl. Unterholzner I S. 412 Note 413, Böcking II §. 147 Note 42), l. 7 §. 16. 17 D. de Publ. 6. 2, l. 15 §. 3 l. 44 §. 2 D. h. t. Der Grund dieser Bestimmung ist, daß im Kauf nicht die Verpflichtung zur Abtretung der Sache übernommen, sondern die Sache abgetreten wird; nach der Intention der Parteien liegt in dem Kaufe eine sofortige Ueber- und Aneignung. Unser Satz hat also den gleichen Grund, wie der Satz, daß mit Abschluß des Kaufvertrages sofort die Gefahr auf den Käufer übergehe (II §. 321 Note 18. 19). So auch Scheurl a. a. O. S. 63. 64; andere Meinungen bei Stintzing S. 113—117, Böcking S. 109—110, Schirmer XV S. 293—302; Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 288 fg. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 1 fg. Anm.]

[2] So namentlich auf den Tausch und die Schenkung. Ist der in der vorigen Note angegebene Grund des Satzes richtig, so ist dieß eine nothwendige Consequenz. Daß die Römer den Satz nur bei dem Kaufe anerkannt haben, erklärt sich daraus, daß unter allen Uebereignungsgeschäften nur der Kauf ohne Form rechtlichen Bestand hatte (die ganz späte Bestimmung über die Schenkung kommt hier nicht in Betracht), bei Beobachtung der nöthigen

2) Der gute Glaube braucht nach römischem Recht nur zu Anfang vorhanden zu sein, er darf hinterher wieder wegfallen[3]; nach heutigem, auf einer Vorschrift des canonischen Rechts beruhenden Rechte aber muß der gute Glaube bis zum Schlusse der Ersitzung unterbrochen fortdauern[4].

3) Wenn der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird[5], so kommt es gleichwohl lediglich auf den guten Glauben des Besitzers, also des Vertretenen, nicht auf den des Vertreters an[6]. Dieß erleidet jedoch eine Ausnahme in den Fällen, in welchen der Besitz ohne den Willen des Vertretenen erworben wird (§. 155 a. E.); hier ist nothwendig der gute Glaube des Vertreters, es schadet aber auch der böse Glaube des Vertretenen[7].

4) Der gute Glaube als ein rein Innerliches kann nicht direct bewiesen, es kann nur auf denselben aus den die Besitzergreifung begleitenden Umständen geschlossen werden. Die Anführung und der Beweis von Umständen, welche den Schluß auf den guten Glauben und seine Entschuldbarkeit rechtfertigen, ist natürlich Sache des sich auf die Ersitzung Berufenden. Wird aber von dem Gegner behauptet, daß das anfänglich redliche Bewußtsein

---

Form aber entweder Stipulation vorhanden war, also ein auch der Intention nach bloß obligatorisches Geschäft, oder Mancipation oder Injurecession, also Eigenthumsübertragung auch der Form nach. Anderes, als hier gesagt ist, meint wohl auch der oft mißverstandene Puchta Inst. II §. 239. nn nicht. Vgl. II §. 321 Note 19. §. 365 Note 18.

[3] L. 48 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. un. §. 3 C. de usuc. transf. 7. 31. Vgl. Stintzing S. 33—39, Scheurl S. 63, Schirmer XV S. 292.

[4] C. 20 (3. 5) X. de praescr. 2. 26. Vgl. §. 111 Note 1. Ueber die Meinung, daß die canonische Vorschrift sich nur auf die praescriptio, nicht auf die usucapio beziehe (Hameaux S. 139 fg.) s. Vangerow I §. 321 Anm. 2.

[5] Vangerow I §. 321 Anm. 3, Scheurl Beitr. I S. 220—231, Böcking §. 147. d. e. f, Schirmer XV S. 279—291.

[6] Und zwar auf den guten Glauben des Vertretenen zu der Zeit, wo er von der für ihn geschehenen Besitzergreifung erfährt, weil früher die Ersitzung nicht beginnt. L. 47 D. h. t., l. 49 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 C. de acq. et ret. poss. 7. 32, l. 2 §. 12 D. pro emt. 41. 4.

[7] L. 2 §. 10—13 D. pro emt. 41. 4, l. 43 §. 1 D. h. t. Nach römischem Recht schadet nur der böse Glaube des Vertretenen zur Zeit der Besitzergreifung, l. 2 §. 13 cit.

sich hinterher in ein unredliches verwandelt habe, so muß der Gegner Thatsachen anführen und beweisen, aus denen auf diese Verwandlung geschlossen werden kann[8].

5) Der gute Glaube ist ein absolutes Erforderniß. Böser Glaube schadet nicht, wenn er auf einer irrigen Annahme beruht[9].

c. Gerechtfertigter Besitz (Titel)*.

§. 178.

Das Wichtigste aber, was von dem guten Glauben ausgesagt werden muß, ist, daß derselbe kein leichtfertig gefaßter sein darf. Dieß läßt sich auch so ausdrücken: es muß der Irrthum, auf welchem er beruht, ein entschuldbarer Irrthum sein[1]. Ent-

---

[8] Vgl. Seuff. Arch. III. 114, X. 135. Burckhard S. 337 fg.

[9] L. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4. „Si sub condicione emtio facta sit, pendente condicione emtor usu non capit, idemque est et si putet condicionem exstitisse, quae nondum exstitit; similis est enim ei, qui putet se emisse. Contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum“. Dagegen gehört nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auch der Satz hierher, daß der beschenkte Ehegatte ersitzen kann (l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6). In diesem Falle ist gar kein böser Glaube vorhanden, s. §. 176 Note 6). Vgl. auch §. 178 Note 7. Ebensowenig gehört hierher l. 44 §. 4 D. h. t. (§. 175a Note 1). Auch hier handelt es sich von keinem bösgläubigen Besitzer, was die Stelle ausdrücklich leugnet, vgl. §. 176 Note 6. — Mit dem aufgestellten Satz steht in Widerspruch l. 32 §. 1 D. h. t. „Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio“. Die Stelle trägt eine dem Verfasser, Pomponius, eigenthümliche Meinung vor; auch in anderer Beziehung betonte dieser Jurist, wie aus l. 46 §. 8 D. de furt. 47. 2 hervorgeht, das Subjective in einer Weise, welche keine Anerkennung gefunden hat. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Savigny III S. 371 Note a, Stintzing S. 85—87, Scheurl S. 60—62, Böcking §. 147 Note 4, Schirmer XV S. 237—244, Voigt condictiones ob causam S. 215 Note 127.

* Unterholzner I §. 102—116, Stintzing und Scheurl an den beim vorigen §. cit. Orten, Schirmer a. a. O. XVI. 1.

§. 178. [1] L. 44 §. 4 i. f. D. h. t.: — „si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emtam non levi praesumtione credat“. L. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10: — „quod . . ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis

schuldbar ist der Irrthum regelmäßig nicht, wenn er ein Rechtsirrthum ist[2]; aber auch wenn er ein factischer Irrthum ist, wird er entschuldbar regelmäßig dann nicht sein[3], wenn er sich auf das Vorhandensein der Erwerbthatsache bezieht, auf welche der gute Glaube gestützt wird. Diese Erwerbthatsache muß also regelmäßig mit allen Erfordernissen ihrer Gültigkeit wirklich vorhanden sein[4]; man drückt das so aus: die Ersitzung bedürfe eines Titels[5]. Jedoch ist das eben auch nur die Regel; in einem gegebenen Falle kann sehr wohl auch der Irrthum, kraft dessen das Vorhandensein einer nicht vorhandenen gültigen Erwerbthatsache angenommen wird, ein entschuldbarer Irrthum sein; man sagt in diesem Falle: es werde auf Grund eines putativen Titels ersessen[6]. Ja, da zum guten Glauben der Glaube, daß man

---

usucapioni non obstet". Vgl. Savigny III S. 369—377, Stintzing S. 62—72, und gegen den Letzteren Scheurl S. 66—77, Burckhard S. 323—329.

[2] L. 4 D. de I. et F. I. 22. 6, l. 31 pr. D. h. t., l. 2 §. 15 D. pro emt. 41. 4. Seuff. Arch. I. 405, II. 138, IX. 265. Darüber, daß der Rechtsirrthum auch bei der Ersitzung zugelassen wird, wenn objective Gründe ausnahmsweise die Rechtsunkenntniß als eine gerechtfertigte erscheinen lassen (§. 79 Note 7), ist man einverstanden; aber ist auch der subjective Grund der Minderjährigkeit (das. Note 10) zu berücksichtigen? Die Frage ist zu bejahen auf Grund von l. 11 C. de I. et F. I. 1. 18 (vgl. l. 9 pr. D. eod. 22. 6), wo die Minderjährigen den Frauen als Solche entgegengesetzt werden, welchen der Irrthum auch „in lucro" zu Gute komme. So auch Savigny III S. 430. 431, Scheurl S. 73. 74; a. M. Böcking II §. 146 Note 11, Schirmer XVI S. 11—13.

[3] Entschuldbar ist namentlich der Irrthum über das Eigenthum des Rechtsvorgängers, obgleich auch dieser Satz natürlich kein absoluter ist.

[4] §. 11 I. h. t. „Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat". L. 27 D. h. t., l. 2 pr. §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 1 pr. D. pro don. 41. 6, l. 6 D. pro der. 41. 7, l. 1. 2. 3 D. pro leg. 41. 8, l. 24 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de usuc. pro her. 7. 29, l. 5 C. de praescr. l. t. 7. 33.

[5] Ueber den Ausdruck titulus vgl. l. 1 pr. D. pro dote 41. 9, l. 46 D. h. t., l. 2 D. de distr. pign. 20. 5, l. 13 §. 1 D. de H. P. 5. 3, l. ult. D. si quis om. causa test. 29. 4. Hugo civ. Mag. IV S. 144 fg. Voigt condictiones ob causam §. 14—20. 22. 23. 34. 38.

[6] L. 11 D. pro emt. 41. 4. „Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere,

Eigenthümer geworden ſei, nicht erforderlich iſt (§. 176 Note 6), ſo kann man möglicherweiſe erſitzen, obgleich man weiß, daß eine gültige Eigenthumserwerbthatſache nicht vorliegt, wenn nur eine die Aneignung in ſonſtiger Weiſe rechtfertigende Thatſache vorhanden iſt oder aus gutem Grund als vorhanden angenommen wird[7].[8]

---

hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat. Nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis est, ut usucapio sequatur". L. 2 §. 15. 16 eod., l. 9 pr. D. pro leg. 41. 8, l. 4 §. 2 l. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10, l. 44 pr. §. 4 i. f. D. h. t. Vgl. Stintzing S. 89—97; Vangerow I §. 319 Anm.; Voigt condictiones ob cauam §. 36. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LII. 16. namentlich S. 415 fg. Seuff. Arch. XXI. 16.]

[7] Deßwegen kann die von dem Ehegatten dem Ehegatten geſchenkte fremde Sache erſeſſen werden (§. 176 Note 6). In den Quellen wird zwar als Grund dieſer Erſitzungsmöglichkeit ein anderer angegeben: daß eine ſolche Schenkung nicht ungültig ſei, weil ſie den Schenkenden nicht ärmer mache, l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 39. 6. Aber dieſer Grund iſt nur ein Scheingrund, und daß man zu demſelben gegriffen hat, erklärt ſich lediglich daraus, daß die Anerkennung der Möglichkeit der Erſitzung ohne Titel in der römiſchen Jurisprudenz erſt allmälig durchgedrungen iſt, ſ. die in Note 4 genannten Stellen, und vorzüglich l. 9 D. pro leg. 41. 8. Daß die Erſitzung des beſchenkten Ehegatten ſich in der bezeichneten Weiſe nicht rechtfertigen läßt, iſt vollkommen ſicher. Denn 1) wird der Schenker durch die Schenkung einer fremden Sache jedenfalls doch nur deßwegen nicht ärmer, weil ſie eine fremde iſt, und wie kann die Schenkung einer fremden Sache als einer fremden Titel ſein? Und ſodann iſt es 2) gar nicht einmal wahr, daß die Schenkung einer fremden Sache nicht ärmer mache; ſie nimmt dem Schenker den Beſitz, und ſo iſt denn namentlich auch was Ehegatten angeht die Ungültigkeit der Beſitzesſchenkung in den Quellen ausdrücklich anerkannt, l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Wenn Savigny IV S. 112—116 mit der herrſchenden Meinung die Erſitzung aus Schenkung zwiſchen Ehegatten auf den Fall beſchränkt, wo der Schenkende nicht ſeinerſeits im Erſitzungsbeſitze geweſen ſei, ſo wird dadurch dieſe Schwierigkeit vermindert, aber nicht beſeitigt, und es iſt nur conſequent, wenn Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI S. 248—251 auch in dem bezeichneten Falle die Erſitzung nur unter der Vorausſetzung zuläßt, daß aus anderen Gründen in der Schenkung keine Vermögensverminderung für den Schenkenden liege. Auch Unterholzner I S. 392—394 unterſcheidet nicht zwiſchen dieſen beiden Fällen, läßt aber umgekehrt in beiden Erſitzung zu, ſo jedoch daß, wenn der Schenker im Erſitzungsbeſitze geweſen ſei, der Beſchenkte die Erſitzung

§. 179.

Unter den einzelnen Erſitzungstiteln iſt bei weitem der wichtigſte die Uebergabe der Sache zum Zwecke der Eigenthumsübertragung. Dieſe Uebergabe wird jedoch als ſolche in den Quellen nicht als Erſitzungstitel bezeichnet, ſondern es wird die Bezeichnung

---

für ihn fortſetze. Es iſt das eine Verwechslung mit dem Satze, daß der Beſchenkte dem Schenker auch die Frucht des ihm durch Schenkung verſchafften Beſitzes, und ſomit die erworbene Sache, herausgeben muß (II §. 509 Note 28). [Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 15 fg.] — S. auch Vat. fr. §. 1. — Zu l. 2 §. 8 D. pro emt. 41. 4 vgl. l. 5 C. de contr. emt. 4. 38 und Schirmer XVI S. 42 fg. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 249 fg.]

[8] Die in dieſem §. ausgeführte Auffaſſung des Verhältniſſes zwiſchen gutem Glauben und Titel war früher die allgemein herrſchende, ſ. namentlich Möllenthiel S. 24, Unterholzner I §. 95, Savigny III S. 371. In neuerer Zeit iſt ſie aber von verſchiedenen Seiten angefochten worden, zuerſt von Stintzing, dann auch von Scheurl und Schirmer (an den oben cit. Orten), ferner von Böcking II §. 146, Vangerow I §. 331 Anm. 1 Nr. 1 in der 7. Aufl., Rudorff zu Puchta Vorleſ. 5. Aufl. I S. 346 Note 1, Brinz S. 214, vgl. auch Arndts §. 160 Anm. 1. Dieſe Schriftſteller ſtimmen darin überein, daß ſie den Titel nicht als Rechtfertigungsgrund des guten Glaubens, ſondern als etwas Selbſtändiges anſehen, während ſie freilich im Einzelnen noch verſchiedener Meinung ſind. Scheurl und Böcking glauben, der Titel ſei von der Verwandlung des in bonis in civiles Eigenthum durch Zeitablauf, Stintzing, er ſei von der Publiciana herübergenommen, Schirmer ſieht in demſelben „denjenigen äußeren Vorgang, welcher unſere Herrſchaft über die beſeſſene Sache als rechtmäßig erworbene erſcheinen läßt". Ich halte weder die bezeichneten hiſtoriſchen Herleitungen für ſtichhaltig, noch kann ich überhaupt glauben, daß das Erforderniß des Titels bloß einen hiſtoriſchen Grund haben ſollte (was übrigens auch jene Schriftſteller nicht behaupten). Fragt man aber nach einem inneren Grund für daſſelbe, ſo ſehe ich keinen andern, als eben den, daß durch jenen Vorgang der Aneignungswille als ein gerechtfertigter, als ein Wille, welcher an ſeine Berechtigung glauben durfte, dargeſtellt wird; ein Vorgang, welcher Eigenthum zu begründen nicht im Stande iſt, kann als ſolcher, abgeſehen von ſeiner Einwirkung auf das Bewußtſein des Beſitzers, für das Recht keinen Werth haben. Der Hauptgrund, weßwegen jene Schriftſteller es ablehnen, von dem guten Glauben auszugehen, iſt, weil er auch fehlen kann (§. 177 Note 9). Aber auch der Titel kann fehlen; und wenn der Titel fehlt, ſo muß er durch etwas erſetzt werden (ſ. g. Putativtitel), was meiner Anſicht nach gar nicht anders gedeutet werden kann, als daß es das Bewußtſein des Beſitzers rechtfertigen ſoll. Muß man nicht ſchließen, daß auch die Bedeutung des Titels ſelbſt keine andere ſei? — Für die hier vertretene Anſicht hat ſich neuerdings wieder ausgeſprochen Burckhard in dem

von der Absicht hergenommen, auf welcher der Wille, Eigenthum zu übertragen, beruht[1]. Sonstige Titel sind: richterliche Verfügung[2], Erbschaft[3], Vermächtniß[4], Bemächtigung[5], Fruchtziehung[6]. Das rechtskräftige Urtheil ist kein Ersitzungstitel; es kann nur

---

bei §. 176 Note * citirten Aufsatz, während Voigt condictiones ob causam §. 37 nachzuweisen sucht, daß die römische Jurisprudenz in Betreff dieser Frage getheilter Meinung gewesen sei. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LI 1. 1. 15. LII. 1. 9. 16 (1868. 1869), namentlich LII S. 385 fg.]

§. 179. [1] Es gibt keinen Titel pro tradito, aber einen Titel pro emtore (Dig. 41. 4, Cod. 7. 26), pro donato (Dig. 41. 6, Cod. 7. 27), pro dote (Dig. 41. 9, Cod. 7. 28), pro transactione (Cod. 7. 26), pro soluto (l. 46. 48 D. h. t.; in den Vulgatschriften beginnt bei l. 46 cit. ein besonderer Titel mit der Rubrik pro soluto), — was übrigens in keiner Weise eine vollständige Aufzählung der Traditionstitel ist, z. B. Jemand gibt tauschweise, oder zum Zweck der Erfüllung einer letztwilligen Zuwendung (condicionis implendae gratia). [Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 12 fg. 248 fg. LII S. 1 fg. 9 fg. 17 fg. 20 fg.] — Beim Kaufe wird gefragt, ob auch Zahlung des Kaufpreises zum Titel erforderlich sei? Gewiß, da ohne dieselbe Eigenthum nicht übergeht; für die Publicianische Klage wird zwar Zahlung des Kaufpreises nicht verlangt (l. 8 D. de Publ. 6. 2), aber dieselbe prallt auch gerade an dem Eigenthum ab. So auch Unterholzner I S. 379, Vangerow I §. 320 Anm. 2 Nr. 1 a. E., Böcking II §. 147 Note 45, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 118 fg.; a. M. Stintzing S. 110, Scheurl S. 65 fg. [Fitting LI S. 18 fg.]

[2] L. 17 D. h. t.

[3] Pro herede. Dig. 41. 5, Cod. 7. 29. Man ersitzt, was nicht zur Erbschaft gehört, was man aber aus gutem Grunde zur Erbschaft rechnet (l. 3 D. h. t.), vorausgesetzt jedoch, daß es nicht der Erblasser schon in bösem Glauben besaß (§. 181 Note 6); man ersitzt ferner, wenn man aus gutem Grunde Erbe zu sein glaubt, ohne es zu sein (l. 33 §. 1 D. de usurp. 41. 3). Nach älterem römischen Recht ersaß man pro herede auch, was man von einer unangetretenen Erbschaft ohne allen guten Glauben in Besitz genommen hatte; aber dieser „improba usucapio“ ist durch einen Senatsschluß unter Hadrian dem Erben gegenüber die Wirksamkeit entzogen worden (Gai. II. 52—58), und für das Justinianische Recht hat sie gar keine Bedeutung mehr (vgl. über diese nicht unbestrittene Frage Arndts Rhein. Mus. II S. 133, Böcking II S. 99, Huschke Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 222—224, Unterholzner I S. 368—370). Es wird aber behauptet, daß durch den erwähnten Senatsschluß auch der Ersitzung desjenigen, welcher sich in gutem Glauben für den wahren Erben hielte, die Wirksamkeit gegenüber dem wahren Erben entzogen worden sei, und in der That sprechen dafür gute Gründe, namentlich l. 1 D. quor. bon. 43. 2, l. 7 C. de pet. her. 3. 31, l. 4 C. in quib. causis l. t. praescr.

in Betracht kommen als Rechtfertigung des Glaubens an den Eigenthumserwerb durch denjenigen Titel, auf Grund deſſen das Urtheil das Eigenthum zugeſprochen hat[7].

---

7. 34. Dieſe Anſicht iſt namentlich vertheidigt worden von Arndts Rhein. Muſ. II S. 133 fg. und Beiträge S. 75 fg., dem beigetreten ſind u. A. Unterholzner I S. 366—367, Schmid §. 14 Note 71, Huſchke Zeitſchr. f. geſch. RW. XIV S. 216—220, Vangerow I §. 320 Anm. 1, Böcking I §. 146 Note 53. Der entgegengeſetzten Anſicht ſind namentlich Savigny Zeitſchr. f. geſch. RW. V S. 21 Note 29, Fritz Erläuterungen I S. 330 fg. Ueber l. 29 D. h. t. ſ. Arndts Rhein. Muſ. II S. 129. 148, Schmid §. 14 Note 70. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 239 fg.]

[4] Pro legato. D. 41. 8. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 26 fg.]

[5] Wenn man aus gutem Grunde glaubt, die in Beſitz genommene Sache ſei eine herrenloſe, z. B. vom Eigenthümer derelinquirt. D. 41. 7 pro derelicto. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 24 fg.]

[6] L. 4 §. 5 D. h. t., l. 2 D. pro suo. 41. 10. Es wird in den Quellen kein Titel pro fructu genannt; die Erſitzung der Frucht wird vielmehr als eine Erſitzung pro suo bezeichnet. Dieſer Ausdruck geht gar nicht auf einen ſpeciellen Titel, ſondern will nur ſagen, daß der Beſitzer ſich aus irgend einem Grunde für den Eigenthümer halte. Der Ausdruck kann daher für jeden Titel gebraucht werden, wird aber im Beſonderen da gebraucht, wo es an einer ſpeciellen Bezeichnung des Titels fehlt. L. 1—3 l. 4 §. 1. 2 D. pro suo 41. 10, l. 1 §. 2 D. pro dote 41. 9. Vgl. Voigt condictiones ob causam §. 35. [Göppert organiſche Erzeugniſſe S. 255 fg.]

[7] Man beruft ſich für das Gegentheil darauf, daß das rechtskräftige Urtheil den Nichteigenthümer zum Eigenthümer mache. Das iſt nicht richtig; es gibt ihm nur dem Gegner gegenüber die Befugniß, von demſelben Anerkennung als Eigenthümer zu verlangen. Man beruft ſich ferner, abgeſehen von anderen Stellen, welche noch weniger beweiſen, auf l. 3 §. 1 D. de Publ. 6. 2, welche von der Tradition auf Grund eines Urtheils handelt, und auf die Analogie der l. 13 §. 1 D. de iureiur. 12. 2 und der l. 33 §. 3 D. h. t., von welchen Stellen die letztere den Titel ebenfalls in der Uebergabe ſieht, die erſte nicht ſagt, daß der Eid Titel ſei. Der hier vertretenen Anſicht ſind Unterholzner I §. 116, Danz Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. V. 19, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI. 10, Pfeiffer daſ. XXXVII S. 121 fg., Bechmann über die usucapio ex causa iudicati (1860), Scheurl Beitr. II S. 82—86, Böcking II §. 146 Note 28, Vangerow I §. 320 Anm. 3 (aber erſt in der 7. Aufl.); dawider Arndts Arch. f. civ. Pr. XIII. 15, Brinz S. 209, Sintenis I §. 51 Anm. 52.

d. Dauer des Beſitzes.

§. 180.

Der im Vorhergehenden näher beſtimmte Beſitz muß, damit die Erſitzung vollendet ſei, bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen zehn bez. zwanzig Jahre gedauert haben; zehn Jahre, wenn die Parteien, zwiſchen welchen die Erſitzung abläuft, ihren Wohnſitz in demſelben Obergerichtsbezirk haben, zwanzig Jahre, wenn das Gegentheil der Fall iſt[1]. Iſt während des Laufes der Erſitzung theilweiſe das Eine, theilweiſe das Andere der Fall, ſo werden zwei Jahre des Auseinanderſeins[2] für ein Jahr des Zuſammenſeins gerechnet, oder umgekehrt ein Jahr des Zuſammenſeins für zwei Jahre des Auseinanderſeins[3]. Die Erſitzungszeit wird juriſtiſch, d. h. von Tag zu Tag, nicht von Moment zu Moment gerechnet[4]; vollendet iſt ſie mit Anbruch des letzten Tages[5].

Der Beſitz muß während dieſer Zeit ununterbrochen vorhanden geweſen ſein; es darf nicht ein ſpäter erlangter Beſitz mit einem früher gehabten zuſammengerechnet werden; durch die Unterbrechung des Beſitzes wird auch die Erſitzung unterbrochen, d. h. es wird der bisher abgelaufenen Erſitzungszeit alle rechtliche Kraft entzogen[6]. Der Beſitz muß aber ferner während dieſer Zeit auch ungeſtört vorhanden geweſen ſein. Das will ſagen: es muß nicht der Eigenthümer gegen den Beſitzer den Proceß begonnen haben; auch durch den Proceßbeginn wird die Erſitzung

---

§. 180. [1] L. un. C. de usuc. transf. 7. 31, l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33. Nach römiſchem Recht kam es darauf an, ob die Parteien in derſelben „provincia“ wohnten; dieſe Beſtimmung iſt heutzutage unanwendbar. Vgl. Unterholzner I §. 84 Note 278, Sintenis I S. 510. Seuff. Arch. VI. 312, IX. 9, X. 137.

[2] Die Quellen nennen diejenigen, welche in derſelben provincia wohnen, praesentes, diejenigen, welche nicht in derſelben provincia wohnen, absentes.

[3] Nov. 119 c. 8.

[4] S. §. 103 Note 7.

[5] L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3. Ueber l. 7 D. h. t. vgl. §. 103 Note 15 und 12.

[6] L. 5 l. 15 pr. §. 2 D. h. t., l. 7 §. 4 D. pro emt. 41. 4, l. 5 D. pro don. 41. 6. Die Quellen ſagen: „interrumpitur“ possessio, usucapio.

unterbrochen[7]. Bleibt der Proceß liegen, so läuft zwar eine neue Ersitzung, aber nur die außerordentliche, und zwar vierzigjährige[8].

Die Unterbrechung der Ersitzung wird auch usurpatio genannt (l. 2 D. h. t.), während die Etymologie des Wortes (usurapere, usurpere, usurpare) auf den engeren Begriff der Unterbrechung durch eine von einem Andern ausgehende Besitzentziehung führt. Vgl. Unterholzner I §. 131 Note 450, Böcking II §. 148 Note 15. [Karlowa Form der röm. Ehe S. 67 fg.] — Ausnahmsweise läuft die Ersitzung fort trotz des Verlustes des Besitzes, so in dem Falle der l. 30 §. 1 D. de usurp. 41. 3 (§. 152 Note 6), und nach Analogie dieses Falles muß das Gleiche für den Fall behauptet werden, wo der Besitzer die Sache specificirt.

[7] Man kann diese Unterbrechung eine civilis interruptio nennen, nach l. 5 D. h. t. und Cic. de or. III. 28 §. 110; vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 141—150. — Uebrigens galt diese Unterbrechung der Ersitzung durch Proceßerhebung nicht für die usucapio. Dieselbe wurde durch die litis contestatio nicht unterbrochen, sondern es wurde nur ihre Vollendung für das in diesem Processe erfolgende Urtheil unschädlich gemacht; der Beklagte würde zur Herausgabe der Sache verurtheilt, als wäre dieselbe nicht durch Ersitzung sein eigen geworden. Davon handeln: l. 18. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 2 §. 21 D. pro emt. 41. 4. Anders war es bei der longi temporis praescriptio; hier wurde die Ersitzung durch die litis contestatio wirklich unterbrochen, l. 2 C. ubi in rem. 3. 19, l. 26 C. de R. V. 3. 32, l. 1. 2. 10 C. de l. t. praescr. 7. 33, l. 4 C. quib. non obiic. 7. 35. Zwar wird von Manchen (so von v. Buchholtz Versuche S. 132—139, Kierulff S. 283 Note *, Puchta Inst. II §. 239. y, Demelius Untersuchungen S. 84. 89. 97, vgl. Arndts §. 163 Anm. 2) das Letztere geleugnet und behauptet, auch bei der longi temporis praescriptio habe in dieser Beziehung nichts Anderes gegolten, als bei der usucapio; allein denselben steht nicht bloß entgegen, daß in l. 2 C. ubi in rem und l. 2 C. de praescr. l. t. geradezu von einer Unterbrechung der praescriptio und der possessio die Rede ist (vgl. l. 2 §. 21 D. pro emt. 41. 4), sondern namentlich auch, und dieß halte ich für ganz entscheidend, der in l. 1 C. de praescr. l. t. vorgetragene Satz, daß die Litiscontestation die Ersitzung nicht bloß für diesen Proceß unterbreche. So ist also in der That in der Justinianischen Compilation Verschiedenes für die usucapio, Verschiedenes für die l. t. praescriptio gelehrt, und es scheint nach dem oben §. 175 Note 3 Gesagten nichts übrig zu bleiben, als das Eine und das Andere zur Anwendung zu bringen, das Recht der usucapio für bewegliche Sachen, daß der l. t. praescriptio für unbewegliche. Der eigentliche Sinn Justinians wäre damit aber gewiß nicht getroffen; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Justinian angenommen hat, zwischen der usucapio und der l. t. praescriptio bestehe kein Unterschied. Bei dieser Lage der Sache gewährt einen willkommenen Anhalt l. 2 C. de ann. exc.

§. 181.

Nicht jede Zeit des Beſitzes darf in die Erſitzungszeit eingerechnet werden; es gibt Gründe, welche bewirken, daß die Erſitzung, obgleich ihre ſonſtigen Erforderniſſe vollſtändig vorhanden

---

7. 40. In dieſer Stelle gibt Juſtinian an, wie ſich derjenige, gegen welchen eine Verjährung laufe, helfen könne, wenn die Erhebung des Proceſſes wegen eines Hinderniſſes in der Perſon des Gegners unmöglich ſei; er ſoll dann eine Verwahrung bei Gericht einreichen, und dieſe Verwahrung ſoll ihm zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung denſelben Dienſt thun, wie die Erhebung des Proceſſes. Dabei ſtellt aber Juſtinian die Erſitzung jeder anderen Verjährung ausdrücklich gleich („et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive trienii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit"). Es kann daher wohl keiner Frage unterliegen, daß in ſeinem Sinne auch die Erhebung des Proceſſes ſelbſt die Erſitzung unterbrechen ſoll, wobei unter Erhebung des Proceſſes wie bei der 30jährigen Verjährung (§. 126) die Ladung des Beklagten verſtanden werden muß. So auch Wächter Erört. III S. 99—104, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 181 fg. Andere Schriftſteller wollen das Recht der usucapio oder der longi temporis praescriptio zur Anwendung gebracht wiſſen, je nachdem ſie überhaupt die Juſtinianiſche Erſitzung unter die Grundſätze der erſten oder unter die der letzten ſtellen. Vgl. Unterholzner I §. 127, Savigny VI S. 56—61, Vangerow I §. 160 Anm. Nr. II, Schmid I S. 256—260. Eine beſondere Anſicht hat Sintenis I §. 51 Anm. 12 aufgeſtellt: die Erſitzung werde durch die Ladung des Beklagten deßwegen unterbrochen, weil die Ladung böſen Glauben bewirke. Vgl. dagegen §. 124 Note 5. In der zweiten Auflage ſeines Lehrbuches erklärt freilich Sintenis dieſen böſen Glauben nur für einen „figürlichen", wobei der Beklagte in der „beſten Ueberzeugung" bleiben könne! — Für die Unterbrechung durch Ladung Seuff. Arch. VIII. 233.

[8] Daß die neu beginnende Erſitzung eine vierzigjährige ſein muß, beruht auf l. 9 C. de praescr. XXX 7. 39. Wächter Erörter. III S. 104 Note 40. — Auf den Fall, wo der Proceß liegen bleibt, bezieht ſich das praktiſche Intereſſe der Frage, ob durch den Proceßbeginn die Erſitzung nur unſchädlich gemacht wird, wie bei der usucapio, oder unterbrochen wird, wie bei der longi temporis praescriptio. Wird ſie nur unſchädlich gemacht, ſo hat der Proceßbeginn gar keine Bedeutung, wenn es nicht zum Urtheil kommt; anders im Fall der Unterbrechung. Zwar wenn wieder derſelbe Kläger gegen denſelben Beklagten auftritt, braucht jener nicht einen neuen Proceß zu beginnen, ſondern kann den alten fortſetzen, ſo daß er zum Siege gelangt, auch wenn keine Unterbrechung der Erſitzung ſtattgefunden hat. Aber man nehme an, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger auftritt, oder daß an die Stelle des Klägers oder des Beklagten ein Sondernachfolger getreten iſt, oder auch, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger gegen einen Dritten auftritt, welcher ſein Recht

ſind, ſtille ſteht, ruht[1]. Dieſer Zuſtand tritt ein: 1) dadurch, daß die Sache ſich in dem Eigenthum einer Perſon befindet, gegen welche nicht erſeſſen werden kann; 2) dadurch, daß gewiſſe Gründe den Eigenthümer an der Verfolgung ſeines Rechts hindern. Von dem Einen und dem Andern wird näher unter den Ausnahmen von der ordentlichen Erſitzung geſprochen werden (§. 182 Num. 2. 4).

Von der anderen Seite darf der Erſitzende ſich nicht bloß die Zeit ſeines Beſitzes anrechnen, ſondern unter Umſtänden auch diejenige Zeit, während welcher ein Anderer beſeſſen hat[2]. Hierfür gelten folgende nähere Regeln[3].

1) Der Geſammtnachfolger tritt in das Erſitzungsverhältniß des Rechtsvorgängers ein[4], und ſetzt daher, wenn derſelbe erſaß,

---

nicht von dem früheren Kläger ableitet. (Vgl. Arndts §. 163 Anm. 2 a. E. Ich wüßte in der That nicht, was abhalten könnte, die von Arndts an dieſem Orte aufgeworfene Frage zu bejahen.)

[1] Praescriptio dormit, wie die Neueren ſagen. Der Gegenſatz zwiſchen Stilleſtehen und Unterbrechung der Erſitzung iſt derſelbe, wie der entſprechende bei der Verjährung der Anſprüche (§. 109). §. 181.

[2] Es findet ſtatt eine accessio temporis, accessio possessionis. Dieſe Ausdrücke ſind quellenmäßig; vgl. jedoch Note 5 g. E.

[3] Dig. 44. 3 de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum. Unterholzner I §. 132—136, Vangerow I §. 322 Anm. 2. A. Denzinger die Acceſſio poſſeſſionis nach dem römiſchen und canoniſchen Recht (1842). — Die accessio possessionis fand im klaſſiſchen Recht außer bei der Erſitzung eine ſehr wichtige Anwendung auch bei dem interdictum utrubi, und die Compilatoren haben eine Reihe von Stellen aufgenommen, welche urſprünglich gerade von dieſer ihrer Anwendung gehandelt haben, ohne dieſelben durchweg ſo zu redigiren, daß ſie auf die Erſitzung paſſen. — Uebrigens iſt in der Geſchichte der accessio possessionis bei der Erſitzung nicht Alles klar; Juſtinian berichtet von Veränderungen, welche er mit derſelben vorgenommen habe (l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, §. 12 I. de usuc. 2. 6), und dieſer Bericht paßt ſchlecht zu dem, was wir ſonſt wiſſen. Vgl. über die verſchiedenen Meinungen Unterholzner I S. 465—467, Denzinger §. 20, Vangerow a. a. O. Nr. 1 u. 2, Böcking §. 148 Note 27*.

[4] Scheurl Beiträge I S. 22. 90 hat darauf aufmerkſam gemacht, daß in die condicio usucapiendi kraft ihrer Natur als „werdendes Eigenthum" ſuccedirt werden könne (vgl. Böcking II S. 117. 118, Köppen Erbrecht S. 232); aus dem im Texte zu Note 6 Geſagten geht hervor, daß der Regel ein allgemeinerer Ausdruck gegeben werden muß. [Unger öſterr. Erbrecht §. 7 Anm. 16.]

die von demſelben begonnene Erſitzung fort[5], kann freilich auf der andern Seite auch, wenn der Rechtsvorgänger aus Mangel an gutem Glauben nicht erſaß, ſeinerſeits, trotz ſeines guten Glaubens, keine Erſitzung beginnen[6]. Damit aber der Geſammtnachfolger die von dem Erblaſſer begonnene Erſitzung fortſetzen könne, iſt nothwendig, daß in der Zwiſchenzeit kein Anderer die Sache beſeſſen habe[7], während die Zeit, wo Niemand die Sache beſeſſen hat, hinzugerechnet wird[8]. Ja es kann ſogar die Erſitzung vollendet werden, ohne daß der Erbe den Beſitz überhaupt erlangt hat[9].

---

[5] Ohne daß es nach römiſchem Recht darauf ankam, ob er ſelbſt im guten Glauben war oder nicht. L. 40. 43 pr. D. h. t., l. 2 §. 19 D. pro emt. 41. 4, l. 30 pr. D. ex quib. causis mai. 4. 6 (— „ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi in iuncta descendit ad heredem"), l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, §. 12 I. h. t., l. 14 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Die letzte Stelle iſt die einzige, in welcher in Betreff des Erben von „accessio possessionis" die Rede iſt; aber ſie handelte auch urſprünglich vom interd. utrubi. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 92 unt., Böcking II S. 118, Brinz S. 218, Köppen Erbrecht S. 229. 230. — Der letztere Schriftſteller geht gewiß zu weit, wenn er (S. 231) behauptet, daß auch nach heutigem Recht böſer Glaube des Erben nicht ſchade, weil der Erbe gar nicht Uſucapient ſei.

[6] L. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 4 C. comm. de usuc. 7. 30, l. 11 C. de poss. 7. 32, §. 12 I. h. t. [Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 250 fg.]

[7] L. 20 D. h. t., l. 6 §. 2 D. pro emt. 41. 4.

[8] L. 31 §. 5 h. t.

[9] So iſt Vollendung der Erſitzung auch vor eigenem Beſitzerwerb des Erben, ja vor Antritt der Erbſchaft möglich, l. 31 §. 5 D. h. t., l. 6 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 40. 44 §. 3 D. h. t., l. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6; vgl. l. 2 §. 18 D. pro emt. Das Gegentheil ſagt, oder ſcheint zu ſagen (Böcking II §. 148 Note 32), l. 13 §. 4 D. de poss. 41. 2, die jedenfalls ſich urſprünglich auf das interdictum utrubi bezog, und als aus Verſehen aufgenommen den eigentlichen Gedanken der Juſtinianiſchen Compilation nicht ausdrückt. Vgl. Puchta §. 156. l, Jhering Abhandlungen S. 253—256, Vangerow a. a. O. Nr. 1, Scheurl Beitr. I S. 92, Schirmer zu Unterh. I S. 472 Note *, Arndts §. 161 Anm. 3, Köppen a. a. O. Anm. 57. — Gleiches iſt zu ſagen von l. 13 §. 5 eod., vgl. l. 15 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3, welche Stelle den Satz vorträgt, daß dem Erben die Zeit des Beſitzes des Erblaſſers ſelbſt dann zugerechnet werde, wenn derſelbe nicht bis zu ſeinem Tode beſeſſen habe. Vgl. übrigens Böcking II §. 148 Note 29, Schirmer zu Unterh. I S. 474 Note 471.

2) Der Sondernachfolger beginnt in ſeiner Perſon eine neue Erſitzung, kann aber für dieſelbe den Erſitzungsbeſitz ſeines Rechtsvorgängers mit in Anſatz bringen[10].

3) Dem Sondernachfolger wird in dieſer Beziehung derjenige gleichgeſtellt, welcher eine Sache veräußert hat, und dann in Folge der Wiederauflöſung der Veräußerung zurückerlangt. Derſelbe kann alſo in die neu begonnene Erſitzung den Beſitz des Beſitzers der Zwiſchenzeit, ſowie den Beſitz, welchen er ſelbſt vor der Veräußerung gehabt hat, einrechnen[11].

e. Ausnahmen*.

§. 182.

Wenn auch die im Vorhergehenden bezeichneten Erforderniſſe der ordentlichen Erſitzung vorhanden ſind, ſo findet dieſelbe doch nicht in allen Fällen ſtatt. Sie iſt ausgeſchloſſen:

1) an Sachen, welche dem Verkehr entzogen ſind (§. 146. 147)[1];

2) an Sachen gewiſſer Eigenthümer, nämlich: a) des Staates[2];

---

[10] §. 13 I. h. t., l. 2 §. 20 (vgl. §. 17) D. pro emt. 41. 4, l. 15 §. 1—6 l. 16 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 76 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 §. 3 D. de I. D. 23. 3, l. 14 §. 1 D. h. t.; l. 13 §. 6. 9—12 D. de poss. 41. 2, l. 14 pr. §. 2. 4. 5 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Die beiden letzteren Stellen handelten urſprünglich von dem interd. utrubi; daraus erklärt ſich, daß in §. 7 der erſten auch beim Precarium (vgl. §. 154 Note 5), in §. 3 der zweiten Stelle auch zu Gunſten des Pfandgläubigers Hinzurechnung des Beſitzes geſtattet wird. Vgl. jedoch auch Böcking §. 148 Note 34, und bis zur 4. Aufl. Arndts §. 161 Anm. 2.

[11] L. 19 D. h. t.; l. 6 §. 1. D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 13 §. 2 D. de poss. 41. 2.

* Unterholzner I §. 32—81, Vangerow I §. 317, Schirmer Grundidee der Uſucapion S. 99—220.

[1] L. 9 l. 45 pr. D. h. t., §. 1 I. eod., l. 9 C. de aquaeductu 11. 42. §. 182.
Es muß dieß deßwegen ausdrücklich hervorgehoben werden, weil jedenfalls nach heutigem Recht die dem Verkehr entzogenen Sachen keineswegs nothwendig auch dem Eigenthum entzogen ſind.

[2] §. 9 I. h. t., l. 18 l. 24 §. 1 D. h. t., l. 2 D. comm. de usuc. 7. 30.

b) des Landesherrn[3]; c) an unbeweglichen Sachen der Kirchen und milden Stiftungen[4];[5]

3) an Sachen, welche dem Eigenthümer in gewiſſer Weiſe abhanden gekommen ſind, nämlich: a) durch Entwendung[6]; b) durch

---

[3] Cod. 7. 38 ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur, l. 2 C. de fund. et saltib. rei dom. 11. 66.

[4] Nov. 111 c. 1. 131 c. 6 (Auth. *Quas actiones* hinter l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2), c. 4. 8 X. de praescr. 2. 26. Seuff. Arch. IX. 266.

[5] Nicht gehören hierher auch die Sachen der Stadtgemeinden. L. 9 D. h. t. handelt von Sachen der Stadtgemeinden, welche dem Verkehr entzogen ſind; l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 ſchließt nicht die Erſitzung des Eigenthums, ſondern die Erſitzung des vectigaliſchen Rechts aus. Dieß beweiſt der folgende §. 3; bedarf es einer Hervorhebung, daß Erſitzung eines mit einer Superficies belaſteten Grundſtücks zuläſſig ſei? Die Zuläſſigkeit der longi temporis praescriptio gegenüber Stadtgemeinden wird ausdrücklich anerkannt von Paul. S. R. V. 2 §. 4 (l. 2 C. ne rei dom. 7. 38 ſetzt mala fides voraus [„perperam“]); vgl. auch l. 15 §. 27 D. de damno inf. 39. 2. Die Sache iſt übrigens äußerſt ſtreitig. Uebereinſtimmend Schmidt S. 192, Schirmer a. a. O. S. 111, Böcking II §. 145 Note 29, Sintenis I §. 51 Anm. 37, Arndts §. 162 Anm. 1 in der 5. Aufl.; a. M. Unterholzner 1 §. 45. 58, Puchta §. 158. d, Vangerow a. a. O. A. 4; Seuff. Arch. III. 137. 297, IX. 119, XVI. 187. Vgl. auch Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV S. 122 fg.

[6] §. 2—6 I. h. t., l. 36—38 D. h. t. Es macht ſich hier der römiſche Begriff des furtum geltend (ſ. Unterholzner I §. 62—67 und in dieſem Lehrbuch II §. 452), mit der Maßgabe jedoch, daß nur dasjenige furtum die Sache unerſitzbar macht, welches ſie dem Eigenthümer entzieht. Daher wird ſie nicht unerſitzbar durch ein von dem Eigenthümer ſelbſt begangenes furtum usus oder possessionis (l. 4 §. 21 D. h. t., l. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 20 §. 1 D. de furtis 47. 2; l. 49 D. eod., l. 6 C. de usuc. pro emt. 7. 26 ſind auf ein furtum des Nichteigenthümers zu deuten). Uebrigens gehen auch hier die Anſichten ſehr auseinander. Vgl. Unterholzner I S. 214. 221 222. 232—235, Huſchke Zeitſchr. f. geſch. RW. XIV S. 256—259, Vangerow a. a. O. B. 4. a, Schirmer S. 166—197. — Die Erzeugniſſe einer entwendeten Sache ſind als ſolche der Erſitzung nicht entzogen, l. 4 §. 19 D. h. t. (denn das Erzeugniß iſt nicht Theil der Sache, l. 10 §. 2 i. f. D. h. t., l. 26 D. de V. S. 50. 16); eine Ausnahme machen nur Thierjunge, inſofern ſie bei dem Entwender concipirt ſind, l. 48 §. 5 D. de furt. 47. 2 (mit welcher Stelle ſich freilich l. 10 §. 2 D. h. t. ſchlecht vereinigen läßt; man muß annehmen, Ulpian eigne ſich nur den Grund des Scävola an, nicht aber die von demſelben daraus gezogene Conſequenz); vgl. Unterholzner I §. 66. Schirmer S. 129—143. [Göppert organiſche Erzeugniſſe S. 199 fg.]

gewaltsame Inbesitznahme[7]; c) durch Veräußerung eines unredlichen Besitzers[8]; d) durch Hingabe zum Zweck der Bestechung[9]. In diesen Fällen wird jedoch der Sache die Ersitzbarkeit dadurch zurückgegeben, daß sie in die Gewalt des Berechtigten zurückkommt[10].

4) Die Ersitzung ist ferner ausgeschlossen während der Zeit, wo der Eigenthümer aus gewissen Gründen verhindert ist, seine Sache zu verfolgen. Deßwegen läuft die Ersitzung nicht: a) wäh-

---

[7] §. 2 I. h. t., l. 4 §. 22—28 l. 33 §. 2 l. 37 §. 1 l. 38 D. h. t. Daß der Eigenthümer selbst es ist, der die Sache mit Gewalt in seinen Besitz gebracht hat, macht hier keinen Unterschied, l. 4 §. 26 D. h. t.

[8] Wenn eine bewegliche Sache von dem unredlichen Besitzer veräußert wird, so wird sie zu einer entwendeten (§. 3 I. h. t.). In Nov. 119 c. 7 hat aber Justinian vorgeschrieben, daß auch die Veräußerung einer unbeweglichen Sache durch den unredlichen Besitzer sie zu einer unersitzbaren machen soll, vorausgesetzt daß der Eigenthümer keine Kenntniß von der Veräußerung oder seinem Rechte hat. Daß die Ersitzung auch in der ferneren Hand ausgeschlossen sei, sagt zwar diese Bestimmung nicht ausdrücklich; aber es ist in ihrem Sinne anzunehmen.

[9] L. 8 D. de lege Iulia rep. 48. 11, l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1.

[10] Näheres. 1) In die Gewalt des Berechtigten, d. h. des Eigenthümers, §. 8 I. l. 4 §. 6 D. h. t.; es müßte denn die Entwendung gar nicht gegen das Eigenthumsrecht gerichtet gewesen sein, l. 49 D. h. t. Schwierigkeit macht l. 6 §. 3 i. f. D. de prec. 43. 26, welche Stelle nach Justinianischem Rechte doch kaum einen andern Sinn haben kann (Auslegungsversuche bei Vangerow B. 4 c, Arndts §. 162 Anm. 3. b. α), als daß die einem Nichteigenthümer entzogene Sache auch durch Rückkehr in dessen Gewalt ersitzungsfähig werde. Unterholzner I S. 220, Schmid §. 14 Note 29, Schirmer S. 145—151. 2) In die Gewalt des Berechtigten, l. 4 §. 12 D. h. t., l. 22 D. de poss. 41. 2, l. 10. 12 C. de furt. 6. 2, l. 7 C. de us. pro emt. 7. 26; l. 4 §. 13 D. h. t., l. 84 D. de furt. 47. 2; l. 4 §. 14 D. h. t.; l. 32 pr. D. h. t.; l. 42 D. h. t.; l. 215 D. de V. S. 50. 16. Nach der letzteren Stelle soll schon die „vindicandi potestas" genügen. 3) Mit Wissen des Berechtigten: er müßte denn auch von der Entwendung nichts gewußt haben, l. 4 §. 8—10. 12 l. 41 D. h. t., l. 86 D. de furt. 47. 2. Das Wissen des Vormundes ersetzt das Wissen des Bevormundeten, l. 4 §. 11 D. h. t., l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4. In l. 4 §. 7 D. h. t. sind die Worte „etiam si sciero" von dem Wissen der zurückerlangten Gewalt und der Entwendung zu verstehen. Unterholzner I S. 225 und Schirmer das., Sintenis Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 299—307, Vangerow a. a. O. B. 3. a. Andere (Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 137—141, Böcking §. 145 Note 10) emendiren „sufficit" in „officit". — Die im Vor-

rend der Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers[11]; b) während der Zeit, wo der Eigenthümer in väterlicher Gewalt steht, in Betreff der dem Nießbrauch und der Verwaltung des Gewalthabers unterworfenen Sachen[12]; c) während der Zeit feindlichen

---

stehenden angeführten Stellen handeln fast ausschließlich von der Entwendung, an welcher, als dem wichtigsten Fall, die Lehre entwickelt worden ist. Von der gewaltsamen Inbesitznahme reden: §. 8 I. h. t., l. 33 §. 2. D. h. t., l. 86 D. de furt. 47. 2, l. 6 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 5 C. de usuc pro emt. 7. 26; von der Hingabe zum Zweck der Bestechung: l. 8 §. 1 D. de lege Iul. rep. 48. 11. In Betreff der Veräußerung durch den unredlichen Besitzer ist in der Nov. 119 c. 7 nicht gesagt, wodurch der Sache die Ersitzbarkeit zurückgegeben werde; gewöhnlich nimmt man an: dadurch, daß der Eigenthümer von der Veräußerung erfahre; aber wie, wenn derselbe keine vindicandi potestas hat? Also sind auch hier die Grundsätze von der Entwendung maßgebend.

[11] Die alte usucapio wurde nicht einmal durch die Impubertät ausgeschlossen (l. 2 D. de eo qui pro tut. 27. 5, l. 4 §. 24 D. de doli mali exc. 44. 4, l. 4 §. 11 D. h. t., l. 2 §. 15 l. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4, l. 33 D. de furt. 47. 2 [in l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1 ist nach den Basiliken statt „pupilli" zu lesen „populi"]; l. un. C. si adv. usuc. 2. 36). Dagegen wurde in die longi temporis praescriptio die Zeit der Minderjährigkeit nicht eingerechnet (l. 3 C. quib. non obiic. l. t. praescr. 7. 35). Das Justinianische Recht ergibt sich aus l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, wodurch bestimmt wird: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere, . . . videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus". Daß durch den Ausdruck „temporales praescriptiones" nach dem Sprachgebrauch jener Zeit die Ersitzung mit umfaßt werde, darf nicht bezweifelt werden, vgl. l. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 30 C. de I. D. 5. 12, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. So auch Unterholzner I S. 117, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 389 fg. (1844), Schmid §. 14 Note 10, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 16 (1851), Böcking §. 145 Note 31; a. M. Puchta §. 158. g, Vangerow a. a. O. A. 5, Sintenis I §. 51 Note 32. — Den Minderjährigen andere bevormundete Personen gleichzustellen (was man namentlich in Betreff der Wahnsinnigen versucht hat), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Unterholzner I §. 39. Ebensowenig ist es gerechtfertigt, die Zeit der Abwesenheit bei der Ersitzung außer Ansatz zu lassen; l. 4 C. quib. non obiic. l. t. praescr. 7. 35 ist von der Wiedereinsetzung gegen die vollendete Ersitzung zu verstehen. Unterholzner I §. 137 Note 493, Vangerow a. a. O. A. 6.

[12] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 1 §. 2 C. de ann. exc. 7. 40.

Einbruchs (§. 109 Note 9). Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Ersitzung von Dotalsachen gegen die Frau erst von der Zeit an laufen soll, wo die Dos an sie gegefallen ist[13].

5) Ein gesetzliches, Nichtigkeit begründendes, Veräußerungsverbot schließt auch die Ersitzung aus[14].

---

[13] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Sache liegt hier insofern nicht ganz gleich, als die Frau früher gar nicht Eigenthümerin ist: es wird hier dem Eigenthümer nicht angerechnet die Zeit, welche verflossen ist, ehe er Eigenthümer war. Vgl. §. 109 Note 7. — Dagegen darf nicht mit der herrschenden Meinung auch der Fall des tignum iunctum hierher gestellt werden. Zwar ist die Vindication in diesem Fall durch Rechtsregel ausgeschlossen, aber der Eigenthümer hat zugleich in der actio de tigno iuncto (§. 188 Note 11) ausreichenden Ersatz. Gegen die Ersitzung beweisen nicht l. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 11 D. de A. R. D. 41. 1, welche nicht von der Ersitzung des Eingefügten als solchen handeln (§. 175[a] Note 2), für dieselbe beweist l. 30 §. 1 D. h. t. Die herrschende Meinung hilft sich dieser Stelle gegenüber theils durch Verweisung auf die Kürze der in dem behandelten Fall zur Vollendung der Ersitzung noch fehlenden Zeit, theils durch die Annahme, daß in der Stelle von eigentlichem Baumaterial gar nicht die Rede sei, oder sie legt sich die Sache auch so zurecht, daß der Verfasser der Stelle nur „seine Beispiele nicht umsichtig genug ausgewählt habe". Vgl. §. 152 Note 6 und Savigny Besitz S. 311. 312 (370. 371), Vangerow I §. 204 Anm. 2 Nr. 2. 3, Windscheid in Sell's Jahrb. I S. 466 fg., Arndts I §. 163 Anm 3 (5. Aufl.)

[14] L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi". Vgl. l. 12 §. 4 D. de Publ. 6. 2. Anwendungen in l. 16 D. de fundo dot. 23. 5 (Verbot der Veräußerung eines Dotalgrundstücks, vgl. l. 5. 6 D. eod.) und l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43 (Verbot der Veräußerung einer vermachten Sache; obgleich dieses Verbot nicht durchweg nöthig gewesen wäre [vgl. §. 172a Note 1], so wird doch ausdrücklich verfügt, daß es auch die Ersitzung ausschließe). In gleicher Weise läßt Nov. 22 c. 24 bei veräußertem Ehegewinn nur die 30jährige Verjährung zu. Die Meinungen sind hier übrigens getheilt; Savigny (IV S. 565—570) glaubt nur die Ersitzung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen, ebenso jetzt Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVII. 7, Gans (Scholien zum Gajus S. 252) nur das Verlierenwollen durch Ersitzung. Vgl. Unterholzner S. 103 und Schirmer S. 51—53. 204 fg., Vangerow I S. 590. 591 (7. Aufl.). [Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 419 fg. Bechmann Dotalrecht II S. 451 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 253 fg.]

6) Die Berufung auf die Ersitzung ist nicht zulässig bei Grenzstreitigkeiten[15].

Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung*.

§. 183.

Die außerordentliche Ersitzung ist vollendet, sobald die Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache (§. 192) vollendet ist, wenn zugleich der Besitzer sich während der Veräußerungszeit in gutem Glauben befunden hat[1]. Die außerordentliche Ersitzung verlangt weder Titel[2], noch Ersitzbarkeit der Sache nach den zuvor aufgestellten Regeln; aber sie ist in allen Fällen ausgeschlossen, wo die Anspruchsverjährung ausgeschlossen ist, außerdem bei Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind[3]. Auch in jeder anderen Beziehung steht sie unter den Regeln der Anspruchsverjährung[4].

---

[15] L. 6 C. fin. reg. 3. 39. Vgl. II §. 450 Note 10.

* Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 23 (1830); Vangerow I §. 325, Böcking II §. 149.

§. 183. [1] Die außerordentliche Ersitzung ist von Justinian in l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39 eingeführt worden.

[2] Also keine Rechtfertigung des guten Glaubens; es ist an dem Gegner, den bösen Glauben zu beweisen. Seuff. Arch. XVI. 9. Daraus folgt freilich nicht, wie Savigny III S. 371 glaubt (Seuff. Arch. XI. 17a, XV. 3) daß auch auf Grund eines unentschuldbaren Irrthums ersessen werden könne. Daß kein Titel erforderlich sei, ist die herrschende Meinung, und namentlich von Fritz a. a. O. ausgeführt (vgl. auch c. 15 C. 16 qu. 4). Doch wird auch das Gegentheil behauptet, indem geltend gemacht wird, die außerordentliche Ersitzung sei nicht Anspruchsverjährung mit veränderter Wirkung, sondern schlechthin Ersitzung. So Unterholzner II S. 94. I S. 355 jedoch nur zweifelnd, und nicht für das römische Recht), und in der neuesten Zeit Brinz S. 222—225. [Seuff. Arch. XXI. 23.]

[3] In Betreff der Frage, ob nicht nach P. G. O. Art. 209 auch die gestohlenen Sachen auszunehmen seien, s. Unterholzner I S. 192, Puchta §. 159. e, Schirmer zu Unterh. I S. 193 Note *, Böcking I §. 149 Note 12. — Daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht hinderlich sei, ist erkannt in dem Urtheil bei Seuff. XV. 3. — [Vgl. noch Seuff. Arch. XX. 103.]

[4] Namentlich also beginnt sie mit der Erlangung des Besitzes durch den Stellvertreter, wenn auch der Besitzer davon noch keine Kunde hat (§. 177 Note 6. §. 155 Note 9).

F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen*.

§. 184.

Für herrenlose Sachen ist die Regel, daß dieselben in das Eigenthum desjenigen fallen, welcher sie zuerst in Besitz nimmt[1]; doch ist diese Regel keine ausnahmslose.

1) Durch Inbesitznahme wird Eigenthum erworben an den Producten des Meeres[2] und den im Meere entstandenen Inseln[3].

2) Ebenso an wilden Thieren, d. h. denjenigen Thieren, welche sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden[4]. Jedoch kommt diese Regel des römischen Rechts in Deutschland nur noch sehr beschränkt zur Anwendung, da Jagd und Fischerei fast überall in Deutschland ausschließliches Recht entweder des Staates, oder der Grundeigenthümer, oder anderer Berechtigter sind[5].

---

* Gesterding S. 68—120, Pagenstecher II S. 57—93, Schmid I S. 51—71, Böcking II §. 150, Sintenis I S. 488—490.

[1] §. 12 I. de R. D. 2. 1 — „quod . . ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur". L. 3 pr. l. 30 i. f. D. de A. R. D. 41. 1. §. 184.

[2] §. 18 I. h. t. 2. 1, l. 3 D. de D. R. 1. 8.

[3] §. 22 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 3 D. h. t. 41. 1.

[4] §. 12—16 I. h. t. 2. 1, l. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 §. 1—6 l. 44 D. h. t. 41. 1. Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 68—84. [Wächter das Jagdrecht und die Jagdvergehen. Akad. Programm 1868. Auch in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I S. 333—475 (1870)].

[5] Gerber deutsches Privatr. §. 92—94, Beseler deutsches Privatr. §. 89 Note 15. §. 196, Schmid S. 57—59; in Betreff der Fischerei s. auch Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 269—271. Wo dieß der Fall ist, wird der Nichtberechtigte durch Occupation Eigenthümer des Thieres nicht (a. M. Reyscher würtemb. Privatr. II §. 288a, Puchta Vorl. zu §. 154, [Walter deutsches Privatr. §. 126, Goltdammer Arch. f. preuß. Strafrecht 1868 S. 24 fg.]) Wer aber wird durch die Occupation durch einen Nichtberechtigten Eigenthümer, der Grundeigenthümer oder Niemand? Für die erste Meinung früher Gerber deutsch. Privatr. §. 92 Note 3: nach Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden; ferner Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 103 fg. (1862): nach Analogie des Eigenthumserwerbes durch unfreiwillige Repräsentation und durch Verwirkung (§. 174) und speciell des Eigenthumserwerbes an dem von einem Andern auf unserem Grund und Boden gesuchten Schatz (Note 10); Bekker das. S. 115: kraft des Inhaltes des Jagdrechts; K. Roth krit. VJSchr. V S. 542 fg.: ebenso; v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 97—99 [1865]: wie Schütze, nur mit Verwerfung der Idee der Verwirkung und mit Hinzufügung der Analogie des Beuteerwerbes

3) Auch an den vom Eigenthümer aufgegebenen Sachen wird Eigenthum durch Inbesitznahme erworben[6]; die bloß verlorenen gehören zu denselben natürlich nicht[7].

---

für den Staat durch den Soldaten. Für die zweite Meinung Gerber a. a. O. in der ersten Auflage und jetzt wieder in der 9. §. 93 Note 1, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 71 Nr. 5, welcher Letztere aber durch Veräußerung des unberechtigten Occupanten Eigenthum bei dem redlichen Erwerber entstehen läßt, während Gerber bei einer gegen den unberechtigten Occupanten begründeten Delictsobligation stehen bleibt. Den Eigenthumserwerb des Jagdberechtigten erstreckt auf das auf dem betreffenden Grundstück gefallene, gefangene oder sonst an Ortsveränderung gehinderte Wild K. Roth a. a. O. [ebenso, nur im Ausdruck nicht so weit gehend, Bekker a. a. O.] Ueber den Fall, wo Jagdrecht und Jagdausübungsrecht getrennt sind, v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 5.

[6] §. 47 I. h. t., l. 1 D. pro derel. 41. 7, l. 43 §. 5 D. de furt. 47. 2. Was aus einem Schiffe in das Meer geworfen wird, ist im Zweifel als aufgegeben zu betrachten, l. 43 §. 11 D. de furt. 47. 2; aber es kann auch das Gegentheil anzunehmen sein, so namentlich, wenn der Auswurf zum Zwecke der Erleichterung des Schiffes in Seegefahr geschieht, §. 48 I. h. t., 2. 1, l. 9 §. 8 (l. 58) h. t. 41. 1, l. 8 D. de lege Rhodia 14. 2. [Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LII. S. 535 fg.]

[7] Der Finder einer verlorenen Sache wird nicht Eigenthümer derselben, l. 61 D. de R. V. 6. 1. Eignet er sich die Sache an, so begeht er ein Delict (furtum, — s. g. Funddiebstahl, vgl. darüber die neueste Abhandlung von Schütze Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 7. 11. 14 [1865]), l. 43 §. 4—9 D. de furt. 47. 2, §. 48 i. f. I. h. t. 2. 1, vgl. l. 31 §. 1 D. h. t. 41. 1. Hat er die Absicht, die Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, so wird er verpflichtet und berechtigt nach den Grundsätzen der negotiorum gestio (II §. 430), und daraus läßt sich auch eine Pflicht zur Veröffentlichung des Fundes, vorausgesetzt daß dieselbe keine besondere Mühe und Kosten in Anspruch nimmt, herleiten. Vgl. Schütze a. a. O. S. 178—182. 369—372. Delbrück Jahrb. d. gem. R. III S. 25 fg. 54 fg. Particularrechte lassen nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigenthumserwerb oder Ersitzung eintreten (während das ältere deutsche Recht mehr geneigt war, die Sache der Obrigkeit zu überantworten [vgl. z. B. Sachsensp. II. 37 §. 3]), gestehen auch, wenn der Eigenthümer sich meldet, dem Finder einen Fundlohn zu (gegen l. 43 §. 9 cit.). Neuerdings hat Delbrück Jahrb. f. Dogm. III. 1 (1858) auch für das gemeine Recht die Sätze in Anspruch genommen, daß einerseits der Finder nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigenthümer (und zwar ex tunc, von der Zeit des Findens an) werde, und daß ihm andererseits Anspruch auf einen Fundlohn gebühre; aber die Beweise erscheinen nicht genügend. Vgl. auch Sintenis I §. 50 Note 4. [Seuff. Arch. XXI. 15.] Uebereinstimmend mit Delbrück, was den Eigenthumserwerb angeht, Schütze Arch.

4)[7a] Als herrenlose Sache wird auch der Schatz angesehen, er ist zwar vom Eigenthümer nicht aufgegeben, aber man kennt seinen Eigenthümer nicht[8]. Der Schatz fällt zur Hälfte an den Finder[9], zur Hälfte an den Eigenthümer des Grundstücks, in welchem er gefunden worden ist; ist nach demselben auf einem fremden Grundstück gesucht worden, so fällt er ganz an den Eigenthümer dieses Grundstücks; sind beim Suchen Zaubermittel oder andere Künste angewandt worden, so bekommt der Finder ihn auch dann nicht, wenn er ihn auf eigenem Grund und Boden gefunden hat, vielmehr fällt er in diesem Fall an den Fiscus[10].

---

f. prakt. RW. N. F. II S. 376 Note 125. Die fernere Literatur s. bei Delbrück a. a. O. S. 1. [Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LII S. 521 fg. — Strandgüter: Goldschmidt Handelsrecht I §. 78 Note 20.]

[7a] Schwach in Haimerl's VJSchr. XII. Nr. 4 (Schletter's Jahrb. XII S. 100 fg.).

[8] L. 31 §. 1. D. h. t. 41. 1. „Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat". L. un. C. de thes. 10. 15: — „thesaurum i. e. condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia". Vgl. hierzu Kuntze zu Holzschuher II §. 106 Nr. 1. Der Ausdruck thesaurus kommt übrigens in den Quellen auch zur Bezeichnung einer verborgenen werthvollen Sache vor, deren Eigenthümer nicht unbekannt ist, vgl. l. 22 pr. D. fam. erc. 10. 2, l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. D. de poss. 41. 2.

[9] Der Schatz fällt an den Finder, nicht an denjenigen, welcher sich seiner bemächtigt; die Quellen reden nur vom Finder. Vgl. Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 148; a. M. Sell Versuche I. 4 §. 1—3.

[10] §. 39. I. h. t., l. un. C. cit. Nach §. 39 I. cit. soll der in „sacro vel religioso loco" gefundene Schatz ganz an den Finder, nach l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 14 der „in locis religiosis aut in monumentis" gefundene zur Hälfte an den Fiscus fallen; heutzutage, wo auch geweihte Grundstücke und Begräbnißplätze einen Eigenthümer haben (§. 147), muß er zur Hälfte an diesen letzteren fallen. Doch ist das nicht die herrschende Ansicht. Vgl. Schmid §. 7 Note 56 a. E., Pagenstecher II S. 91 u. 92. Darüber, was eintreten soll, wenn unter Anwendung verbotener Mittel ein Schatz gesucht und gefunden worden ist, sagt l. un. cit. ausdrücklich nichts; ihre Meinung aber ist die im Texte bezeichnete, vgl. Coll. XV. 2 §. 1. — Man streitet darüber, ob der Grundeigenthümer bez. der Fiscus ohne Weiteres erwerbe, oder ob ihnen nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Finder zusteht? Das Letztere behaupten Puchta §. 154, Böcking §. 150 Note 35 (Seuff. Arch. XI. 15); aber man muß sich für die erstere Ansicht entscheiden nach l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 14 und l. 63 D. h. t. 41. 1 (W. Sell Versuche I. 4 §. 4). — Nichtanzeige

Dieselben Grundsätze müssen zur Anwendung kommen, wenn ein Schatz in einer beweglichen Sache gefunden worden ist[11].

5) Nach römischem Recht gelten auch feindliche Sachen als herrenlos, und fallen in das Eigenthum des Bemächtigers[12]. Das heutige Völkerrecht dagegen gestattet ein Occupationsrecht im Landkriege nur an der Kriegsbeute; weitergehende Grundsätze gelten für den Seekrieg[13].

G. Eigenthumserwerb an neu entstandenen Sachen*.

§. 185.

Neu entstandene Sachen können als herrenlose Sachen be-

---

an den Fiscus, wenn demselben ein Theil gebührt, wird mit Verlust des Ganzen und seines Werthes gestraft, l. 3 §. 11 D. de I. F. 49. 14. [Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LI. 4.]

[11] Nichts in den Quellen spricht dagegen, und l. 67 D. de R. V. 6. 1 spricht dafür. A. M. jedoch Böcking §. 150 Note 31, Schwach a. a. O. S. 144. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von W. Sell Versuche I. 3.

[12] §. 17 I. h. t. 2. 1, l. 5 §. 7 l. 51 §. 1 D. h. t. 41. 1. Doch war die Beute an den Staat abzuliefern, und ebenso wurde das eroberte feindliche Grundstück ager publicus, l. 13 D. ad leg. Iul. pec. 48. 13, l. 20 §. 1 D. de capt. 49. 15 (vgl. Böcking §. 142. b—d).

[13] Vgl. Heffter das europ. Völkerrecht der Gegenwart §. 130—140. §. 150 fg. Als Gegenstände der Kriegsbeute bezeichnet Heffter a. a. O. §. 150 „alle beweglichen körperlichen Sachen, welche dem feindlichen Heere oder einzelnen dazu gehörigen Individuen von rechtmäßigen Streitern der Gegenpartei, oder ausnahmsweise denjenigen Staatsangehörigen abgenommen werden, deren Plünderung von dem Befehlshaber der Gegenpartei erlaubt worden ist, z. B. bei der Erstürmung einer Festung oder eines andern hartnäckig vertheidigten Platzes". Wird aber an der Kriegsbeute wirkliches Eigenthumsrecht erworben? Heffter (§. 136) gestattet dem Beutemachenden nur „die ungehinderte Befugniß zu allen thatsächlichen, nach den Umständen möglichen Verfügungen über Nutzung und Substanz der Sache, ohne daß darüber von ihm oder demjenigen, welchem er sie überträgt, Rechenschaft zu geben ist, so lange der Kriegsstand dauert und der Besitzer dem Eigenthümer feindlich gegenübersteht". „Aber es existirt durchaus kein alle Staaten verpflichtender Grundsatz, eine unter gewissen Umständen gemachte Beute als unwiderrufliches Eigenthum des Beutemachenden und seiner Nachfolger im Besitze gelten zu lassen, wenn nicht Friedens- und andere Verträge dem Besitzstand einen solchen Charakter ertheilen". Im Betreff der Seebeute s. das. §. 139. [Goldschmidt Handelsrecht I. §. 78 Note 21.]

* Köchy civilistische Erörterungen I. 1 (1797). Gesterding S. 195

handelt werden. Dieß ist der Fall bei der im Meere entstandenen Insel (§. 184 Note 3). Regelmäßig geschieht dieß aber nicht, sondern das Recht theilt sie, sowie sie entstehen, einem bestimmten Eigenthümer zu.

1) Die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel fällt in das Eigenthum der anschießenden Grundeigenthümer; die Grenze ihrer Berechtigung bildet eine durch die Mitte des Flusses gezogene Linie[1].

2) Ebenso verhält es sich, wenn neuer Grund und Boden dadurch entsteht, daß ein öffentlicher Fluß sein Bett verläßt[2].

3) In gleicher Weise fällt das durch Anschwemmung neu entstandene Grundstück in das Eigenthum desjenigen, an dessen Grundstück es angeschwemmt ist[3].

Wichtiger als die hier genannten Sachen sind die Früchte, und die durch menschliche Thätigkeit neu geschaffenen Sachen.

Früchte*.

§. 186.

Die Früchte[1] fallen an den Eigenthümer der Hauptsache[2].

—221, Schmid I S. 123—137, Pagenstecher II S. 128—137. Böcking II S. 143—145, Sintenis I S. 491—493.

[1] §. 22 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 3. 4 l. 29 l. 30 pr. §. 2 l. 56 pr. l. 65 §. 2. 3 D. h. t. 41. 1, l. 1 §. 6 D. de flum. 43. 12, vgl. Gai. II. 72. Ueber l. 65 §. 4 D. h. t. s. Vangerow §. 328 Anm. 1, Schmid §. 10 Note 22. Im römischen Recht setzte dieser Erwerb (und ebenso der in den beiden folgenden Fällen) einen ager non limitatus voraus. L. 16 D. h. t., l. 1 §. 6 7 D. de flum. 43. 12. Rudorff gromat. Institutionen S. 452. §. 185.

[2] §. 23. 24 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 5. 6 l. 30 §. 1. 3 l. 38 l. 56 §. 1 D. h. t. 41. 1. Ueber den Schluß von l. 7 §. 5 cit. („sed vix est ut id obtineat") vgl. Wächter im Rechtslex. I S. 17 Note 23, Schmid I §. 10 Note 40. Anders bei Privatgewässern, und so auch bei Landseen. Seuff. XI. 16. Gelten die angegebenen Grundsätze auch, wenn das Bett eines öffentlichen Flusses künstlich verlegt wird? Dagegen das Urtheil bei Seuff. XIII. 208.

[3] §. 20 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 1 l. 56 pr. D. h. t. 41. 1. Vgl. l. 12 pr. eod. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 309, [XXI. 209]; zu Note 1—3 das. IX. 8.

* Gesterding S. 177—190, Schmid I §. 9, Pagenstecher II S. 93—113. Böcking II §. 151, Sintenis I S. 185—187. [Heimbach die Lehre von der Frucht S. 43—92. 211 fg. (1843). Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Dazu Hartmann krit. VJSchr. XI S. 503 fg. (1869).]

[1] Es versteht sich von selbst, daß hier nur von den natürlichen Früchten §. 186.

Dieß gilt nicht bloß von den Früchten im engeren technischen, sondern auch von den Früchten im weiteren Sinn[3], und nicht bloß von den Früchten, welche organische Erzeugnisse sind, sondern auch von denen, welche es nicht sind[4]. Es kann aber auch das Recht der Fruchtziehung in größerem oder geringerem Umfang vom Eigenthumsrecht abgelöst sein, und als Recht an fremder Sache einem Nichteigenthümer zustehen; dann fallen die Früchte an denjenigen, welchem dieses Recht zusteht, an den Nießbraucher jedoch erst, wenn er sich in den Besitz der Früchte gesetzt hat[5]. Verschieden hiervon ist der Fall, wo das Recht

---

die Rede ist; die juristischen Früchte (§. 144 Note 4—6) sind keine neu entstehenden Sachen.

[2] §. 19 I. h. t. 2. 1, l. 2. 6 D. h. t. 41. 1, l. 5 §. 2 D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. §. 1 D. de usur. 22. 1. Das organische Erzeugniß ist, so lange es mit der Hauptsache verbunden ist, gar nichts für sich Bestehendes („fructus pendentes pars fundi videntur", l. 44 D. de R. V. 6. 1), nach seiner Trennung von der Hauptsache ist es etwas Anderes, als ein von der Hauptsache losgelöster Theil; es ist eine Sache, welche als die Sache, die sie jetzt ist, noch gar nicht vorhanden gewesen ist. Deßwegen ist das organische Erzeugniß einer entwendeten Sache nicht auch eine entwendete Sache („nec enim esse partum rei furtivae partem", l. 10 §. 2 D. de usurp. 41. 3); deßwegen ist aber auch das Eigenthum an dem von der Hauptsache getrennten Erzeugniß etwas Anderes, als eine Fortsetzung des Eigenthums an der Hauptsache (wofür es Savigny Besitz S. 313 [276] hält), es ist ein neues, kraft des Eigenthums an der Hauptsache erworbenes, Eigenthum (s. namentlich Scheurl Beiträge I Nr. 11, auch Vangerow I §. 326 Anm. 1). [Göppert S. 149—275. Hartmann S. 510—519.]

[3] Wie z. B. von den Windbrüchen, und nach römischem Recht, von dem Sclavenkind (§. 144 Note 1. 2).

[4] Wie z. B. von Steinen, Kreide, Sand, und was an dergleichen Sachen von einem Grundstück gewonnen werden kann (§. 144 Note 3). Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 92—93, v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 251—261. Doch gehören diese Früchte eigentlich nicht hierher, denn sie sind keine neu entstandenen Sachen. — Ausnahme soweit das Bergregal reicht. S. §. 169 Note 22 und v. Brünneck a. a. O. S. 375 fg.

[5] Anders der Emphyteuta. L. 25 §. 1 D. de us. 22. 1, l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 13 D. quib. mod. usufr. 7. 4. Auch den Nießbraucher will man ohne Inbesitznahme Eigenthümer werden lassen an Thierjungen, auf Grund von l. 28 pr. D. de us. 22. 1 (§. 37 I. h. t. 2. 1). „In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fru-

auf die Früchte einer fremden Sache nicht auf einem Recht an der Sache, sondern auf einer obligatorischen Gebundenheit des Eigenthümers beruht; hier werden die Früchte nur dadurch erworben, daß sie mit dem Willen des Eigenthümers in Besitz genommen werden, also durch Uebergabe (Tradition)[6].

Eine besondere Betrachtung macht das Rechtsverhältniß nöthig, in welchem der redliche Besitzer einer Sache zu den Früchten derselben steht[7]. Der redliche Besitzer muß die noch vor-

---

ctuarii" Aber das „statim" zu urgiren, ist um so weniger Veranlassung vorhanden, als unzweifelhaft das „pleno iure" für den bonae fidei possessor ungenau ist (man mag über sein Rechtsverhältniß denken, wie man will, jedenfalls muß er die vorhandenen Früchte herausgeben [s. den Verfolg des §.]). Vgl. Elvers die römische Servitutenlehre S. 489—492. Gegen die Zurückführung des Unterschiedes zwischen Nießbraucher und Emphyteuta auf einen Gegensatz in ihrem Besitzverhältniß s. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 385—396, Vangerow I §. 326 Anm. 2 Nr. 1. Der Emphyteuta wird anders behandelt, als der Nießbraucher, weil sein Recht überhaupt ein viel weiter gehendes ist. [Göppert S. 276—319.]

[6] Das gilt namentlich vom Pächter: wenn der Verpächter ihm verbietet, die Früchte sich anzueignen, verletzt er seine obligatorisch übernommene Pflicht, und haftet deßwegen auf Schadensersatz; aber Eigenthümer wird in diesem Fall der Pächter nicht. L. 6 D. de don. 39. 5, l. 16 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 61 §. 8 D. de furt. 47. 2. Anders bei dem zur Fruchtziehung dinglich Berechtigten; hier ist der Wille des Eigenthümers ganz gleichgültig. Es ist also sehr irrig, wenn neuere Schriftsteller auch dessen Fruchterwerb, oder doch den des Nießbrauchers, auf den Gesichtspunkt der Tradition zurückführen (vgl. z. B. Savigny Besitz S. 319 [281], Puchta §. 150, Böcking II §. 151 Note 7. 8; s. dagegen Arndts a. a. O. S. 388 fg., Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 62 [der aber auch den Fall des Pächters ausschließen möchte]). — Zu l. 26 §. 1 D. de furt. 47. 2 ist zu vergleichen §. 13 I. de obl. quae ex del. 4. 1, und hinter „decerptus esset" zu ergänzen „ab ipso". [Göppert S. 263 fg. Exner Tradition S. 17 fg.]

[7] Vgl. über diesen vielbesprochenen Gegenstand: Bake bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit (1825). Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VIII S. 311 fg. (1825). Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 7 (1843). Windscheid das. N. F. IV. 3 (1847). Janke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 1—185 (1862; dazu Demelius krit. VJSchr. IV S. 292 fg.). Außerdem Heimbach die Lehre von der Frucht S. 211 fg. 308 fg., Schmid I S. 105 fg., Vangerow I §. 326 Anm. 2 Nr. 2, Brinz S. 197—199, Böcking II §. 151. e—h. [Göppert S. 320—370. Hartmann S. 520—524. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 276 fg.]

handenen Früchte, wie jeder andere Besitzer, herausgeben; dagegen ist er von der Pflicht zum Ersatz für die verzehrten Früchte[8] frei[9]. In Folge davon wird in den Quellen von ihm gesagt, daß die Früchte ihm gehören, daß sie sein seien[10]: und es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ausdrücke nicht lediglich von jener Freiheit von der Ersatzpflicht verstanden werden dürfen[11], daß vielmehr durch dieselben wenigstens stellenweise dem redlichen Besitzer geradezu Eigenthum zugeschrieben werden soll[12]. Man würde aber den

---

[8] Früchte im technischen Sinne (Note 3), l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 48 §. 6 D. de furt. 47. 2.

[9] §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 40 i. f. D. h. t. 41. 1, l. 4. §. 19 D. de usurp. 41. 3.

[10] L. 13 i. f. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 28 pr. D. eod., l. 40. 48 D. h. t. 41. 1, l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3, l. 48 §. 6 D. de furtis 47. 2, §. 35 I. h. t. 2. 1.

[11] Dieß ist die Meinung von Savigny (Besitz S. 315 fg. [277 fg.]). In Betreff der nicht durch menschliche Thätigkeit entstandenen Früchte theilt sie Unterholzner a. a. O. Ueber Andere, welche Savigny gefolgt sind, s. Unterholzner a. a. O. S. 313 Note 5. [Göppert a. a. O.]

[12] Vgl. namentlich §. 35 I. h. t. 2. 1, l. 13 i. f. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 §. 1 l. 28 D. de usur. 22. 1, und vor Allem l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1. — An und für sich zwar ist es nicht nöthig, jene Ausdrücke („pertinent fructus ad b. f. possessorem“, „eius sunt“, „suos facit“) von einem Eigenthumsrecht des redlichen Besitzers zu verstehen; wie durch Stellen wie l. 181 D. de V. S. 50. 16, l. 75 D. de I. D. 23. 3, l. 2 §. 1 l. 3 D. sol. matr. 24. 3, l. 21 pr. D. de pec. 15. 1, l. 6 §. 6 D. quae in fraud. cred. 42. 8 u. a. m. bewiesen wird, können sie sehr wohl davon verstanden werden, daß die Früchte ihrem Vermögenswerthe (nicht ihrem Körper) nach sein seien. Es kommt hinzu, daß es in l. 40 D. h. t. 41. 1 vom redlichen Besitzer heißt: „fructus *consumtos* suos facit“ und in l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3: „eius fiunt *si consumti sunt*“. Hier kann mit diesen Ausdrücken das Eigenthumsrecht nicht gemeint sein, da es ein Eigenthumsrecht an einer verzehrten, also vernichteten, Sache nicht gibt; hier muß ihr Sinn der sein, daß der redliche Besitzer den Vermögenswerth der Früchte behalten dürfe. Es ist auch richtig, daß der redliche Besitzer in unseren Quellen nie dominus der Früchte genannt wird, daß ihm nie dominium oder propietas an den Früchten zugeschrieben wird. Aber wie wahr dieß Alles auch sein mag, es gibt Stellen — es sind die oben genannten —, in denen eine unbefangene Betrachtung sich nie wird entschließen können, etwas Anderes zu finden, als eine Anerkennung des Eigenthumsrechts des redlichen Besitzers. Diese Thatsachen lege ich mir zurecht durch die Annahme, daß die fraglichen Ausdrücke zwar ursprünglich das Eigenthumsrecht nicht

Sinn der Quellen mißverstehen, wenn man aus diesem Eigenthumsrechte Consequenzen herleiten wollte, welche sich aus der

haben bezeichnen wollen, sondern nur die angegebene unbestimmtere Vorstellung — die Früchte sind zum Verzehrtwerden bestimmt, wer sie verzehren, also ihrer Bestimmung gemäß über sie verfügen kann, zu dessen Vermögen gehören sie, als wenn er ihr Eigenthümer wäre, — daß jene Ausdrücke später aber allerdings auch vom Eigenthumsrechte verstanden worden sind. Im Wesentlichen habe ich dieß bereits in der oben citirten Abhandlung ausgeführt, und ich habe, seit ich dieselbe geschrieben, keine Veranlassung gefunden, meine Ansicht zu ändern. Die herrschende Ansicht stellt umgekehrt den Satz an die Spitze, daß der redliche Besitzer Eigenthümer der Früchte werde, und fügt dann erst hinzu, daß er die vorhandenen dennoch herausgeben müsse. Aber sie ist auch bisher nicht im Stande gewesen, die Frage in genügender Weise zu beantworten, warum denn das römische Recht dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben habe, wenn es ihm bloß Consumtionsbefugniß zugestehen wollte. Wohlgemerkt, dieß ist die Frage; nicht: warum hat das römische Recht den redlichen Besitzer zum Eigenthümer der Früchte gemacht? sondern: warum hat es ihn zum Eigenthümer der Früchte gemacht, wenn es ihm Eigenthum nicht lassen wollte? Consumtionsbefugniß, die es ihm wirklich zugestehen wollte, hat auch der redliche Nichteigenthümer. Diese Frage beantworte ich mit der Annahme einer Ungenauigkeit in der Vorstellungsweise der römischen Juristen; wenn sie sagen, der redliche Besitzer sei Eigenthümer der Früchte, so ist das gar nicht der Ausdruck ihrer eigentlichen Meinung, sondern Ausbeutung eines Ausdrucks, mit dem ursprünglich ein anderes Verhältniß hat bezeichnet werden sollen. Wer diese Annahme als zu kühn verwerfen will, muß auf die bezeichnete Frage eine bessere Antwort geben, — und vor allen Dingen sie zu geben wenigstens versuchen. Die einzige Antwort, welche hier m. E. noch in Betracht kommen kann, ist die von Keller §. 144 (vgl. auch Pagenstecher II S. 101 a. E.) gegebene: es habe der redliche Besitzer gegen die Gefahr geschützt werden sollen, ein bereits verzehrtes Kaufgeld wieder herausgeben zu müssen; aber s. in dieser Beziehung Note 16. Ueber die Auffassungen Anderer s. den Bericht bei Windscheid a. a. O. 57—75 und außer den dort Genannten Sell dingliche Rechte S. 66, Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 145. 146, Scheurl Beitr. I S. 296, Brinz S. 199, Böcking II S. 136, Sintenis I S. 486 Anm. 29. — Brinz a. a. O. regt den Gedanken an, ob sich nicht der Eigenthumserwerb des redlichen Besitzers aus einer ursprünglichen Ununterschiedenheit zwischen b. f. possessio und bonitarischem Eigenthum erkläre. Aber jedenfalls ist damit doch für die Zeit, wo man jene beiden Verhältnisse wirklich schied, gar nichts erklärt. Dieser Gedanke hat Anklang gefunden bei Pagenstecher II S. 108; zur Carrikatur entstellt findet er sich wieder in der oben genannten (übrigens wie es scheint von Brinz unabhängigen) Schrift von Janke. Nach diesem Schriftsteller ist das Recht des redlichen Besitzers wirklich bonitarisches Eigen-

Verzehrungsbefugniß nicht ergeben[13]. Daher darf namentlich dem rechtlichen Besitzer nicht die Möglichkeit versagt werden, sich durch Ersitzung auch das Behaltendürfen der Früchte zu sichern[14], wie andererseits ihm die Pflicht auferlegt werden muß, die Früchte auch dann herauszugeben, wenn der Eigenthümer die Hauptsache sie als solche, nicht als Zubehör der Hauptsache, einfordert[15].

---

thum, welches aber, wie das bonitarische Eigenthum überhaupt, im Conflict mit dem quiritarischen unterliege, und welches sich, obgleich sonst aus dem Justinianischen Recht der Gegensatz zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum verschwunden sei, gerade hier „zufällig" erhalten habe.

[13] Dies ist die praktische Bedeutung der in der vorigen Note vertheidigten Meinung. Daß aber wirklich die römischen Juristen nicht gemeint sind, das dem redlichen Besitzer zugeschriebene Eigenthumsrecht irgendwie praktisch zu verwerthen, geht am besten aus der Unbefangenheit hervor, mit welcher sie aus demselben folgern, daß der redliche Besitzer die — verzehrten Früchte nicht herauszugeben brauche, ohne daß es ihnen nur in den Sinn käme, wenigstens anzudeuten, daß daraus eigentlich ein weiter gehender Schluß gezogen werden müßte. Vgl. §. 35 I. h. t. 2. 1, l. 1 §. 2 D. pign. 20. 1, l. 40 §. 1 D. de H. P. 5. 3. In der l. 1 §. 2 cit. ist die Rede von der Verpfändung der künftigen Früchte eines Grundstücks; dasselbe kommt in die Hände eines redlichen Besitzers; der Jurist entscheidet, daß die von demselben gezogenen Früchte nicht mit verpfändet seien, „qui numquam debitoris fuerunt", — und doch lautet die Schlußentscheidung: „eos *consumtos* bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur".

[14] Die herrschende Meinung ist dawider, weil ersitzen nur der Nichteigenthümer könne. Nur Marezoll (a. a. O. S. 211 fg.) hat das Gegentheil auszuführen gesucht; s. auch Janke S. 83—106. Dawider Vangerow I §. 326 Anm. 2 Nr. 2. c. L. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit, sondern nur die Nothwendigkeit der Ersitzung. Dasselbe ist von l. 48 §. 6 D. de furt. 47. 2 zu sagen, während §. 5 eod. kaum anders, als von der Zulässigkeit der Ersitzung zu verstehen ist. Man behauptet, diese Stelle wolle nur sagen, die Thierjungen seien nicht furtiv, nicht, sie könnten ersessen werden; aber das ist erstens sprachlich unwahrscheinlich, und zweitens, welche andere Bedeutung hat denn hier die Nichtfurtivität, als eben die, daß ersessen werden kann? S. auch l. 4 §. 5 D. de usurp. 41. 3. — Ein anderer Fall der Ersitzung einer eigenen Sache in l. 12 §. 8 D. de captiv. 49. 15.

[15] Nach der herrschenden Meinung kann der redliche Besitzer auf Herausgabe der vorhandenen Früchte nur in dem Urtheil, welches ihm die Herausgabe der Hauptsache auferlegt, verurtheilt werden; er bleibt Eigenthümer der Früchte, muß sie aber dennoch als causa rei herausgeben. Nach einer anderen Meinung (Marezoll a. a. O. S. 229 fg., Sintenis I §. 49 Note

Daher muß ferner dem Eigenthümer der Hauptsache die Befugniß zuerkannt werden, die Früchte auch von dem Dritten, an welchen der redliche Besitzer sie veräußert hat, abzufordern, eine Befugniß, welche nur dann wegfällt, wenn in Folge der Verurtheilung des Dritten der redliche Besitzer genöthigt werden würde, den für die Früchte erhaltenen Werth wieder herauszugeben, obgleich er ihn bereits verzehrt hat[16]. — Ein Unterschied zwischen

31, dagegen Vangerow a. a. O. lit. b) verliert er das Eigenthum mit dem Aufhören seiner bona fides, und dieses Aufhören soll auch mit der Erhebung des Processes gegen ihn, auf die Hauptsache oder auf die Frucht allein, eintreten. Für den im Text aufgestellten Satz beweist l. 43 D. de evict. 22. 1 allerdings nicht (Vangerow a. a. O., Brinz S. 197), freilich auch nicht, wie man behauptet hat, gegen denselben l. 22 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de crim. exp. her. 9. 32, l. 3 C. de cond. ex lege 4. 9.

[16] So wird entschieden in Betreff des redlichen Besitzers einer Erbschaft, welcher ebenfalls für das Verzehrte nicht haftet. L. 25 §. 17 D. de H. P. 5. 3. „Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? . . . Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent". „Nec pretio factus sit locupletior" heißt, er hat den Kaufpreis zwar erhalten, aber jetzt ist derselbe nicht mehr, weder unmittelbar noch mittelbar in seinem Vermögen. Die Lesart „licet" statt „nisi" welche jetzt auch Francke in seinem Commentar zum Pandektentitel de hereditatis petitione S. 302 fg. vertheidigt, ist gegen die vereinigte Autorität der Florentina und der Basiliken. (Die Stelle spricht zwar nur von der exceptio quod praeiudicum non fiat, aber mit dieser Einrede macht der Käufer eben geltend, daß nicht der Erbschaftsbesitzer durch das jetzt zu fällende Urtheil indirect zu einer Leistung genöthigt werden dürfe, zu welcher er in der hereditatis petitio nicht verurtheilt werden könne. In 16 §. 7 eod. ist der Erbe nicht nicht „locupletior factus", l. 13 §. 4. 5. 9. eod. constatiren nur die Möglichkeit der hereditatis petitio, ohne unsere Frage zu berühren. Oder will Francke auch den Erben des §. 5 cit. das Evictionsinteresse leisten lassen? [Vgl. III §. 612 Note 15.]) — Die herrschende Meinung läßt den redlichen Besitzer das für die veräußerte Frucht Erhaltene unbedingt behalten, indem sie in dem Veräußern an sich bereits ein consumere sieht. Das ist aber nicht richtig. Consumere rem heißt allerdings nicht bloß: eine Sache als Körper vernichten, sondern auch: sie als Bestandtheil des Vermögens (des Consumirenden) vernichten (daher geradezu consumere bona, l. 16 D. de B. P. c. t. 37. 4, l. 41 §. 1 D. de statu lib. 40. 12); aber offenbar ist in einer Veräußerung, bei welcher für das Veräußerte etwas erworben wird, eine solche Vernichtung nicht enthalten. Allerdings gilt das Geld als consumirt (nummi consumti), sobald es nur ausgegeben ist; aber

den verschiedenen Arten der Früchte darf nicht gemacht werden[17]. — Die begünstigte Stellung des redlichen Besitzers dauert nur so lange als seine Redlichkeit[18].

Arbeitsproducte*.

§. 187.

Menschliche Thätigkeit vermag nicht neuen Stoff zu pro-

hier macht sich die Betrachtung geltend, daß einerseits das Ausgeben der bestimmungsmäßige Gebrauch des Geldes ist — es wird durch den Gebrauch aufgebraucht — und andererseits in dem Ausgeben des Geldes allerdings eine Art körperlicher Vernichtung liegt, insofern nämlich die ausgegebenen Geldstücke als solche nicht mehr wiederaufgefunden werden können (vgl. §. 2 I. de usufr. 2. 4: „ipso usu quodammodo . exstinguitur"). Und selbst hier findet sich ein anderer Sprachgebrauch, nach welchem eine Consumtion des Geldes nur dann angenommen wird, wenn statt desselben auch nichts Anderes im Vermögen ist. Vgl. l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4, l. 23 pr. l. 25 §. 1 D. de H. P. 5. 3. In l. 6 §. 3 C. de sec nupt. 5. 9 werden die „res consumtae" den „res alienatae" geradezu entgegengesetzt. Hiernach wird es nicht als genügende Stütze für die herrschende Meinung angesehen werden können, wenn es in l. 3 §. 3 D. de act. rer. am. 25. 2 heißt: „res quas mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumserit." In l. 65 §. 6 D. de cond. ind. 12. 6 braucht das „consumere" nicht von Veräußerungen verstanden zu werden. Vgl. Janke S. 109—118.

[17] Unterholzner a. a. O. spricht dem redlichen Besitzer die von selbst entstandenen Früchte zu redlichem Besitz, die durch seine Thätigkeit erzeugten zu Eigenthum, und zwar zu unwiderruflichem Eigenthum, zu. Gegen diese Unterscheidung l. 48 pr. D. h. t. 41. 1, wenigstens scheinbar dafür l. 45 D. de usur. 22. 1. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle s. Vangerow a. a. O. lit. d. und die dort gegebenen Citate, Böcking II §. 151 Note 32. — Janke (S. 42 fg. 149 fg.) will zwischen Thierjungen und anderen Früchten unterscheiden; an den letzteren soll der redliche Besitzer nur bonitarisches, an den ersteren volles Eigenthum erwerben. Sein Grund ist l. 28 pr. D. de usur. 22. 1, in welcher die Worte „pleno iure" und „bonae fidei possessoris" Zusatz der Compilatoren seien (§. 37 I. de R. D. 2. 1).

[18] In Betreff der Frage, ob später eintretendes unredliches Bewußtsein dem Fruchterwerb hinderlich sei, oder nicht, widersprechen sich l. 25 §. 2 D. de usur. 22. 1, l. 48 §. 1 D. h. t. 41. 1. Auf die Bejahung der Frage führt das Princip der Lehre, wie es im Vorstehenden entwickelt ist, und die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der „conscientia rei alienae" (Scheurl Beiträge I S. 298). Eine Vereinigung jener Stellen sucht Schmid I S. 107.

* Meykow die Lehre des römischen Rechts von dem Eigenthumserwerb

duciren, aber sie vermag vorhandenen Stoff in der Weise umzugestalten, daß er als neue Sache erscheint. Das Eigenthum einer neuen Sache dieser Sache fällt[1] an den Verfertiger[1a], wenn die Sache nicht mehr in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, sonst an den Eigenthümer des Stoffes[2]; jedoch hat der

---

durch Specification, Osenbrüggen's Dorpater juristische Studien S. 149 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 1. 7. 13 (1865). Gesterding S. 255—275, Schmid I §. 11, Pagenstecher II S. 113—122. Böcking II §. 154, Sintenis I S. 490—491, Vangerow I §. 310. [F. P. Bremer krit. VJSchr. X S. 1 fg. (1868).] §. 187.

[1] Man spricht in diesem Falle gewöhnlich von Eigenthumserwerb durch „Specification" (nach dem quellenmäßigen: ex aliena materia speciem aliquam facere).

[1a] Bez. an denjenigen, für welchen der Verfertiger sie verfertigt hat.

[2] Dieses ist die, von Justinian gebilligte, mittlere Meinung, welcher zwei andere (die der Proculianer und der Sabinianer) entgegenstanden, wonach ausschließlich auf die Verfertigung oder ausschließlich auf das Eigenthum am Stoffe gesehen werden sollte. Gai. II. 79, §. 25 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 7 l. 12 §. 1 l. 24 l. 26 pr. l. 27 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1, vgl. l. 78 §. 4 D. de leg. III° 32. — Ist der Grund des dem Verfertiger zufallenden Eigenthums seine Arbeit, oder erwirbt er das Eigenthum nach dem Gesichtspunkt der Bemächtigung? Für das Letztere die ältere und noch immer vorherrschende Ansicht, neuerdings Vangerow a. a. O. in der 7. Aufl., Bechmann Arch. f. civ. Pr. XLVII. 2; für das Erstere namentlich Scheurl Beiträge I S. 283 fg., Leist civil. Studien III S. 119 fg. 162 fg., und was das Justinianische Recht angeht Fitting a. a. O., während dieser Schriftsteller in der älteren römischen Jurisprudenz auch das Occupationsprincip vertreten findet. In der That wird einerseits das Letztere gegenüber l. 7 §. 7 D. h. t. 41. 1 („quia quod factum est antea nullius fuerat") schwer zu bestreiten sein, andererseits verträgt sich der Standpunkt der Occupation, wenn man auch von der in ihrem Sinne streitigen Schlußbestimmung des §. 25 I. h. t. 2. 1 (Note 4) absehen will, jedenfalls nicht mit dem in der Compilation anerkannten Satz, daß der Verfertiger nur dann Eigenthümer wird, wenn er sich in gutem Glauben befindet (s. die folgende Note). — Man denke übrigens nicht bloß an den Fall, wo Jemand aus fremdem, sondern auch an den, wo er aus eigenem Stoffe eine neue auf ihre frühere Gestalt nicht rückführbare Sache verfertigt. Er hat in diesem letzteren Falle den Vortheil des besseren Beweises, sowie Freiheit von allen Beschränkungen des früheren Eigenthums. — Auch das Eigenthum an der rückführbaren neuen Sache ist ein neu begründetes, nicht die Fortsetzung des Eigenthums am Stoffe; denn der Begriff der neuen Sache (Note 5) ist von den Momente der Nichtrückführbarkeit unabhängig. Zwar glaubt Fitting S. 158 fg., es sei in der älteren

Eigenthumserwerb des Verfertigers die weitere Voraussetzung, daß derselbe sich in gutem Glauben befunden habe[3]. Verfertigt Jemand aus theilweise eigenem, theilweise fremdem Stoff eine neue Sache, so wird er selbst dann Eigenthümer derselben, wenn

---

römischen Jurisprudenz auch die Ansicht vertreten gewesen, daß das Eigenthum an der verarbeiteten Sache mit dem Eigenthum am Stoffe identisch sei; aber er scheint mir hierin zu weit zu gehen, jedenfalls halte ich die Stelle, auf welche er das Hauptgewicht legt, l. 44 §. 2 D. de leg. I°, nicht für beweiskräftig; die Willensinterpretation, welche diese Stelle enthält, macht jene Annahme nicht nöthig. Ist nun aber auch das Eigenthum an der rückführbaren Sache ein neu vergebenes, so ist es doch nur vergeben auf Grund des Eigenthums am Stoffe, und daher müssen die Beschränkungen dieses letzteren Eigenthums sich in dem Eigenthum an der neuen Sache wiederholen. Auch in dieser Beziehung ist Fitting a. M., s. S. 328 fg. und namentlich S. 331; aber ich glaube nicht, daß der zuvor bezeichnete Schluß abzuweisen ist. In l 18 §. 3 D. de pign. act. 13. 7 wird das Gegentheil nicht entschieden, sondern bloß vorausgesetzt (bloß vorausgesetzt nach doppelter Richtung: einmal weil die Stelle zunächst nur eine Willensinterpretation enthält, sodann weil der Fall, welchen sie behandelt, ein Fall der Nichtrückführbarkeit ist), und für den Zusammenhang des Justinianischen Rechts fällt auch diese Voraussetzung weg. — [Bremer S. 37 fg. 59 fg.]

[3] Das wird bewiesen weniger durch l. 12 §. 3 D. ad exh. 10. 4, welche kein unzweifelhaftes Resultat gibt, als vielmehr durch l. 13 l. 14 §. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 4 §. 20 D. de usurp. 41. 3, l. 52 §. 14 D. de furt. 47. 2, nach welchen Stellen das aus entwendetem Material Verfertigte (und entwendet ist jedes unredlicher Weise verarbeitete Material) selbst entwendet ist; an Entwendetem aber kann der Entwender kein Eigenthum erwerben. Und in den genannten Stellen wird dem Eigenthümer des Stoffes die condictio furtiva gegeben, die doch „soli domino competit" (l. 1 D. de cond. furt. 13. 1). Durch den Einwand, die condictio furtiva werde in diesen Stellen gegeben wegen l. 10 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1 („tamdiu . . . condictioni locus erit, donec *domini facto* dominium eius rei ab eo recedat"), wird dieses Argument offenbar nicht berührt; es handelt sich ja nicht von der Condiction auf die verarbeitete Sache, sondern von der Condiction auf die neu geschaffene. Der hier vertheidigten Ansicht sind Fitting a. a. O. S. 335 fg., außerdem Unterholzner Verjährungslehre I S. 229 Note 245, W. Sell Versuche I. 5, Scheurl Beiträge I S. 285. 286, Dernburg Heid. krit. Zeitschrift I S. 147, Arndts §. 155 Anm. 3, K. Sell dingliche Rechte S. 101—106, Böcking I S. 166. 167 (die beiden Letzteren unter Hervorhebung, daß nicht in allen Fällen Unredlichkeit vorliege, wo der Verarbeiter das fremde Eigenthum kannte); dawider mit vielen Neueren Puchta §. 154. h, Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schmid I S. 172—177, Sintenis I §. 50 Anm. 14, Pagenstecher II S. 117—119. Der Hauptgrund der hier verworfenen Mei-

sie in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann[4]. Darüber, was dazu gehört, damit man sagen könne, es sei eine neue Sache geschaffen, läßt sich eine juristische Regel nicht geben; nur so viel läßt sich sagen, daß nicht jede Veränderung einer vorhandenen Sache, auch wenn sie nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, Hervorbringung einer neuen Sache ist[5].

Wer durch Verarbeitung einer fremden Sache Eigenthum erworben hat, hat deßwegen nicht ohne Weiteres auch den Vermögenswerth derselben erworben; er haftet vielmehr dem früheren Eigenthümer obligatorisch nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung[6].

---

nung liegt darin, daß das Eigenthum des Verfertigers auf den Gesichtspunkt der Bemächtigung zurückgeführt wird. Die hier vertheidigte Meinung ist auch anerkannt in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XV. 99.

[4] Es ist dieß eine sehr bestrittene Frage; die jetzt herrschende Ansicht ist eher gegen den im Text aufgestellten Satz. S. die Citate bei Fitting S. 318 (welcher selbst dafür ist) und Vangerow a. a. O. Nr. 1 (welcher dagegen ist). Die entgegengesetzte Meinung ist auch in der 1. Auflage dieses Lehrbuchs vertheidigt worden. Aber bei unbefangener Betrachtung läßt sich doch in der That aus §. 25 i. f. I. h. t. 2. 1 nichts Anderes herauslesen, als das im Text Gesagte, und, worauf Fitting hingewiesen hat, bei Theophilus ist die Fassung noch weit schärfer und zweifelausschließender. Daß l. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1 keinen Gegengrund enthält, und noch weniger l. 12 §. 1 D. de h. t. 41. 1, darüber s. Fitting S. 321. Ich sehe den Hauptgrund (oder die Hauptveranlassung) der herrschenden Ansicht darin, daß man meint, nur bei Nichtrückführbarkeit des Erarbeiteten liege eine neue Sache und ein erst zu vergebendes Eigenthumsrecht vor, was gewiß nicht richtig ist (Note 2). — Redlichkeit des Bewußtseins wird auch hier beim Verfertiger vorausgesetzt, sonst tritt Miteigenthum ein. Dagegen läßt Arndts §. 155 Anm. 3 bei theilweise eigenem Eigenthum das Erforderniß des redlichen Bewußtseins (für den Fall der Nichtrückführbarkeit) fallen, ohne Grund, soviel ich sehe. S. auch Fitting S. 343 Note 128.

[5] So nicht das Ausdreschen (l. 7 §. 7 D. h. t. 41. 1, nach welcher Stelle sich die beiläufige Aeußerung in §. 25 I. h. t. 2. 1 berichtigt). Ebensowenig das Färben (l. 26 §. 3 D. h. t. 41. 1) oder Beschreiben (§. 33 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 1 D. h. t. 41. 1). (Ueber das Malen s. §. 189 Note 6.) Vgl. überhaupt Fitting S. 3 fg., Bechmann Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 3 fg. [Bremer S. 23 fg. 45 fg.]

[6] Das ist deßwegen nicht weniger sicher, weil es zufällig in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Seine Bereicherung ist formal gerechtfertigt, nicht aber materiell. Vielleicht ist Gai. II §. 79 i. f. hierauf zu be-

H. Eigenthumserwerb durch Verbindung*[1].

§. 188.

Es sind folgende Fälle zu unterscheiden: es kann eine unbewegliche Sache mit einer unbeweglichen, ein bewegliche Sache mit einer unbeweglichen, eine bewegliche Sache mit einer beweglichen verbunden werden.

1) Verbindung einer unbeweglichen Sache mit einer unbeweglichen. Hierher lassen sich einmal die in §. 185 besprochenen Fälle der im Flusse entstandenen Insel, des verlassenen Flußbettes und der Anschwemmung rechnen[2]. Sodann gehört hierher der Fall der Antreibung, d. h. der Fall, wo durch die Gewalt des Flusses ein Stück von einem Grundstück abgerissen, und an ein anderes Grundstück angetrieben wird; das angetriebene Grundstück fällt in das Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks,

---

ziehen, dessen Worte §. 26 I. h. t. wiedergibt, allerdings nicht mit Beziehung auf die Specification, aber mit Aenderung des „quibusdam" in „quibusque" (so las wenigstens Theophilus). Von den speciellen Gründen, auf welchen ein Anspruch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache, oder auch auf das Interesse des früheren Eigenthümers beruhen kann, wie z. B. Entwendung, Vertrag &c. &c., ist hier natürlich nicht zu reden. Vgl. unten §. 190 und II §. 422 Note 2 (§. 424). Fitting S. 354 fg.

* Wächter im Rechtslexicon I S. 11 fg. u. d. W. Accession. Gesterding S. 190—255, Schmid I §. 10, Pagenstecher II S. 128—156. Böcking II §. 152, Sintenis I S. 491—497. [Bechmann zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten (1867). F. P. Bremer krit. VJSchr. X S. 1 fg. (1868). Vgl. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 87 Note 1.]

§. 188. [1] Gewöhnlich spricht man von Eigenthumserwerb durch Accession. [Vgl. Bechmann S. 1 fg.]

[2] In den beiden letzten Fällen macht der Gesichtspunkt der Verbindung sich unmittelbar geltend; aber auch in dem ersten trifft er zu, wenn die Insel als über das Niveau des Wassers hinaus erhobenes Flußbett gedacht wird. Vgl. l. 30 §. 2 D. h. t. 41. 1, l. 16 D. de leg. III° 32 (II §. 327 Note 5). [Vgl. Bechmann S. 13 fg.]

[3] §. 21 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 2 D. h. t. 41. 1. In diesen Stellen heißt es, der Eigenthumserwerb sei dann vollzogen, wenn die auf dem angetriebenen Grundstück stehenden Bäume ihre Wurzeln in das andere hinübergetrieben hätten. Es ist dieß nicht als absolutes Erforderniß, sondern als Kennzeichen der vollzogenen Zusammenwachsung zu fassen. [Bechmann S. 27.]

an welches es angetrieben ist, sobald es mit diesem zusammengewachsen ist[3].

2) Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen. Diese Verbindung kann entweder eine organische, oder eine mechanische sein.

a) Organische Verbindung. Was auf ein Grundstück gepflanzt oder gesäet wird, gehört dem Eigenthümer des Grundstücks, sobald es Wurzeln geschlagen hat, und fällt auch wenn es ausgerissen wird, nicht an den früheren Eigenthümer zurück[4].

b) Mechanische Verbindung[5]. Was in ein Grundstück eingefügt wird, wohin vor Allem der Fall der Errichtung eines Gebäudes gehört[6], steht im Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks, so lange die Verbindung dauert; es fällt aber in das frühere Eigenthum zurück, sobald die Verbindung wieder aufgehoben wird[7]. Ueber diesen Fall ist folgendes Nähere zu

---

[4] §. 31. 32 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 13 l. 9 pr. l. 26 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 25 D. de usur. 22. 1, l. 9 §. 2 D. de damno inf. 39. 2, l. 11 C. de R. V. 3. 32. Es gehört, so lange die Verbindung dauert, dem Eigenthümer des Grundes und Bodens deßwegen, weil es Theil des Grundes und Bodens ist (l. 40 D. de A. E. V. 19. 1: „arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo"); es gehört auch nach Auflösung der Verbindung dem Eigenthümer des Grundes und Bodens, weil es jetzt nicht mehr dieselbe Sache ist, die es früher war (l. 26 §. 1 cit.: „nam credibile est alio terrae alimento aliam factam"). — Ein Baum, welcher in zwei Grundstücken wurzelt, gehört dem einen und dem andern Grundeigenthümer (§. 31 I. de R. D. 2. 1, l. 7. §. 13 l. 8 D. h. t. 41. 1, l. 19 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 83 D. pro soc. 17. 2). Anders, wenn er seine Wurzeln aus dem Grundstück, in welchem er wurzelt, bloß in ein fremdes Grundstück hinübertreibt (l. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47. 7). Vgl. Vangerow I §. 329 Anm. 2. [Göppert die organischen Erzeugnisse S. 152 fg.]

[5] Zaun Arch. f. civ. Pr. XLIII. 10. 13 (1860).

[6] Aber nicht allein, vgl. z. B. l. 2 C. de serv. 3. 34.

[7] §. 29. 30 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 10. 12 l. 26 §. 1 l. 28 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 7 l. 39 pr. l. 59 D. de R. V. 6. 1, l. 2 D. de superf. 43. 18, l. 2 C. de R. V. 3. 32. Es steht bei währender Verbindung im Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks, weil es Theil des Grundstücks, nichts für sich Bestehendes ist (§. 29 I. l. 7 §. 10 D. citt: „omne quod (solo) inaedificatur solo cedit") [Bechmann S. 55 fg., Bremer S. 50 fg., Wächter Superficier- oder Platzrecht S. 10 fg.]; es fällt nach aufgelöster Verbindung an den früheren Eigenthümer zurück, weil es jetzt wieder dieselbe Sache ist,

bemerken. Die Verbindung muß eine feste und bleibende sein, sonst wird an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert[8]. Das Losgelöste fällt dann an den früheren Eigenthümer nicht zurück, wenn derselbe die Verbindung selbst, und zwar in der Absicht auf das Eingefügte zu verzichten, vorgenommen hat[9]. Die Loslösung kann bei Gebäuden nicht verlangt werden[10]; dafür hat der Eigenthümer einen Anspruch auf den doppelten Werth des Materials[11], welcher Anspruch jedoch wegfällt, wenn die Einfügung mit seinem

---

welche es immer gewesen ist. Insofern nun das Eigenthum an dem Eingefügten nicht definitiv verloren ist, kann man auch sagen, das Eigenthum sei nur zeitweilig suspendirt, es ruhe einstweilen. So l. 7 §. 10 D. cit. (§. 29 I. h. t.): „nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desinit eius dominus esse". Andere fassen das Verhältniß so, daß der Eigenthümer des Grundstücks bei währender Verbindung zwar Eigenthümer des Gebäudes, aber nicht Eigenthümer des Baumaterials sei, so namentlich Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 39 fg. Aber es gibt bei währender Verbindung kein Baumaterial, es gibt nur ein Gebäude. S. auch l. 39 pr. l. 59 D. de R. V. 6. 1, l. 14 D. de don. 39. 5; l. 7 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2 spricht von der Zeit nach der Trennung. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 163 fg. 275 fg. will in dieser Beziehung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandtheilen unterscheiden. [Bechmann S. 40 fg.] — Seuff. Arch. XVIII. 242.

[8] So z. B., wenn auf einem Grundstück ein „horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile" (l. 60 D. h. t. 41. 1) errichtet wird.

[9] L. 2 C. de R. V. 3. 32, vgl. 14 D. de don. 39. 5. Nach §. 30 I. h. t. 2. 1 und l. 7 §. 12 D. h. t. 41. 1 soll auch dann das Losgelöste an ihn nicht zurückfallen, wenn er unredlicher Besitzer des Grundstücks war. Das Gegentheil sagt l. 2 cit. (nicht auch l. 59 D. de R. V. 6. 1, welche nicht von einem unredlichen Besitzer spricht). Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Schmid I §. 10 Note 67, Vangerow I S. 329 Anm. 1), und so heben sie sich gegenseitig auf. Da wir demzufolge keine positive Bestimmung für die bezeichnete Strafe des unredlichen Besitzers haben, wird dieselbe als geltendes Recht nicht behauptet werden dürfen.

[10] Gegen die Regel (§. 189 Note 4), nach einer ausdrücklichen Bestimmung der 12 Tafeln (Festus s. v. tignum), über deren Restitution zu vergleichen ist Huschke ad leg. XII tabb. de tigno iuncto commentatio p. 1—4. 19—29 (1837). Die 12 Tafeln sprachen von „tignum iunctum"; über die Bedeutung von tignum s. l. 1 §. 1 D. de tigno iuncto 47. 3, l. 62 D. de V. S. 50. 16, l. 7 pr. D. ad exh. 10. 4.

[11] §. 29 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 10 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1, l. 6 pr. D. ad exh. 10. 4, l. 98 §. ult. D. de sol. 46. 3.

Willen geschehen ist[12]. Durch die Leistung des Doppelten erwirbt der Besitzer das Eigenthum des Materials definitiv[13], nur nicht derjenige, welcher unredlicher Weise eingefügt hat[14]. Die gleichen Grundsätze gelten von eingefügten Rebpfählen[15].

§. 189.

3) Verbindung einer beweglichen Sache mit einer beweglichen. Bei einer solchen Verbindung ist es möglich, daß die verbundene Sache ihre Existenz in der Weise verliert, daß sie als das, was

---

[12] L. 63 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 „. . quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent". — Nach einer andern Meinung (Vangerow I §. 300 Anm.) soll dieser Anspruch nur dann begründet sein, wenn das Eingefügte entwendet ist (wozu außer der Nichtberechtigung auch unredliches Bewußtsein des Besitzers gehört). Für diese Meinung darf nicht angeführt werden l. 1. 2 D. de tigno iuncto 47. 3; diese Stellen sagen freilich, daß die actio de tigno iuncto bei tignum furtivum stattfinde, aber sie sagen keineswegs, daß sie nur bei tignum furtivum stattfinde. Oder will man auf Grund dieser Stellen behaupten, daß auch der Ausschluß des Loslösungsanspruchs Furtivität des Materials voraussetzt? (l. 1 cit: „lex XII tabb. neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare"). So spricht für die bezeichnete Meinung nichts, als daß in l. 63 cit. Paulus den in den oben abgedruckten Worten enthaltenen Grund des Neratius so wiedergibt: „neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est", und das ist m. E. nicht im Entferntesten ein genügendes Gegengewicht gegen die Unbedingtheit, in welcher die in Note 10 genannten Quellenstellen den Anspruch auf das Doppelte anerkennen. — Noch weiter geht Huschke a. a. O. (und nach ihm Sintenis I §. 50 Note 52). Derselbe nimmt für das klassische Recht einen Widerspruch zwischen den römischen Juristen an, betrachtet aber als die in der Compilation gebilligte Meinung, daß nur gegen den fur selbst der Anspruch auf das Doppelte zulässig sei. Dagegen Puchta Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 10 (1838). Vgl. noch Wächter a. a. O. S. 27, Schmid I §. 10 Note 56.

[13] §. 29 I. h. t. 2. 1.

[14] L. 2 D. de tigno iuncto 47. 3. Vgl. Wächter a. a. O. S. 28.

[15] D. h. auch diese braucht der Eigenthümer des Weinbergs nicht herauszugeben, wenn er das Doppelte ihres Werthes ersetzen will. L. 1 pr. §. 1 D. de tigno iuncto 47. 3. Im Uebrigen ist hier durch die Vorschrift der 12 Tafeln nicht der Loslösungs-, sondern der Eigenthumsanspruch ausgeschlossen; da die Verbindung keine feste ist, so verliert der Eigenthümer der Rebpfähle durch die Verbindung sein Eigenthum nicht.

sie früher war, gar nicht mehr herstellbar ist; dann ist sie untergegangen, und es kann von einem Eigenthumsrecht an derselben nicht mehr die Rede sein. Das Ganze aber, in welchem sie jetzt enthalten ist, steht entweder im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, oder, wenn keine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, ist es den Eigenthümern der verbundenen Sachen gemeinschaftlich[2]. Wird die verbundene Sache von der Verbindung nicht in der Weise ergriffen, daß sie als die Sache, welche sie früher war, nicht mehr herstellbar ist, so wird, wenn keine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert[3]. Ist aber eine der verbundenen Sachen die Hauptsache, so ist, so lange die Verbindung dauert, der Eigenthümer der Hauptsache auch der Eigenthümer der Nebensache; sobald diese letztere

---

§. 189. [1] L. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1. — „Dicit enim (Cassius), si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit; quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit". (Ferruminatio = Anschweißung, Verbindung durch das gleiche Metall; adplumbatio = Anlöthung, Verbindung durch verschiedenes Metall. Vgl. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 180 Note 94, aber auch Böcking II §. 152. ζ. [Göppert s. unt.]). S. ferner §. 26 I. h. t. Unter diesen Gesichtspunkt wird in §. 33 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 3 D. de R. V. 6. 1 auch das Schreiben, in der letztgenannten Stelle auch das Malen (vgl. §. 34 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1) gestellt. S. Note 6. [Bechmann S. 32 fg. Göppert über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten, akad. Programm 1869.]

[2] L. 3 §. 2 D. de R. V. 6. 1. „Pomponius scribit, si quid, quod eiusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est; erit nobis commune, et unusquisque pro parte ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus". L. 4 l. 5 §. 1 eod., vgl. l. 27 §. 2 D. h. t. 41. 1 (Böcking II §. 152 Note 62, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 278 fg.). Zu allgemein drücken sich §. 27 i. f. I. h. t., l. 7 §. 9 D. h. t. 41. 1 aus, s. die folgende Note.

[3] L. 12 §. 1 D. h. t. 41. 1. „Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet". L. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1. Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 323—325.

aber durch Auflösung der Verbindung wieder eine für sich bestehende Sache geworden ist, fällt sie in das frühere Eigenthum zurück, und zwar kann hier die Auflösung der Verbindung verlangt werden[4]. Rückfall des Eigenthums findet auch hier dann nicht statt, wenn der Eigenthümer selbst, in der Absicht auf sein Eigenthum zu verzichten, die Verbindung vorgenommen hat[5]. — Zu dem Gesagten sind folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

a) Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Sache, und welche, die Hauptsache sei, ist darauf zu sehen, ob eine, und welche, dem Ganzen Namen und Wesen gibt, ob eine, und welche, nur um der andern willen vorhanden ist[6].

b) Wenn die Trennung verbundener Sachen zwar an und

---

[4] L. 23 §. 2 D. de R. V. 6. 1. „Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae bracchium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem: dominum eius totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte dicunt". §. 5 eod. „Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur". L. 26 §. 1 l. 27 pr. D. h. t. 41. 1, l. 6. 7 §. 1. 2 D. ad exh. 10. 4. Auch hier wiederholt sich die in §. 188 Note 7 bezeichnete doppelte Art der Betrachtung. In §. 2 cit. heißt es: „dominum eius totius rei fieri", in §. 4 eod. wird die verbundene Sache geradezu „res mea" genannt; in §. 5 cit. dagegen wird der Eigenthümer der verbundenen Sache auch nach der Verbindung noch als Eigenthümer bezeichnet, während es in §. 7 wieder heißt, daß die losgelöste Sache an den „prior dominus" zurückfalle. Vgl. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 42—46, der auch hier (vgl. Note 1) zwischen dem Eigenthum am Ganzen und dem Eigenthum an den Bestandtheilen unterschieden wissen, und zu diesem Ende in §. 4 cit. statt meam*que* meam*ve* lesen will. Girtanner's in §. 188 Note 7 bezeichnete Ansicht bezieht sich auch auf diesen Fall. [Bechmann S. 41 fg.]

[5] Das ist zwar für diesen Fall nicht ausdrücklich gesagt; allein die Analogie des Falles der Verbindung mit einer unbeweglichen Sache (§. 188 Note 9) ist entscheidend.

[6] L. 26 pr. D. h. t. 41. 1. „Proculus indicat, hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas (ex)specta(re)tur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant". L. 29 §. 1 D. de auro 34. 2. „Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetu-

für sich möglich, aber factisch unausführbar ist, so sind die nämlichen Grundsätze zur Anwendung zu bringen, als wenn sie unmöglich wäre[7]. — Besonderes gilt für den Fall, wo Jemand fremdes Geld mit dem seinigen vermischt. Es tritt in Folge davon nicht Gemeinschaftlichkeit der Gesammtsumme ein, sondern dieselbe steht im alleinigen Eigenthum des Vermischenden[8].

c) Es kann in der Verbindung Verfertigung einer neuen Sache liegen; dann entscheidet der Gesichtspunkt der Verfertigung.

d) Ist die Verbindung mit dem Willen der beiderseitigen Eigenthümer geschehen, so wird das Ganze in Folge ihres Willens gemeinschaftlich[9].

§. 190.

Die Verbindung entzieht so wenig, wie die Verfertigung, demjenigen, welchem sie Eigenthum nimmt, ohne Weiteres auch den Vermögenswerth der Sache[1]. Im Einzelnen ist hier zu

---

dine patrisfamilias aestimandum est". L. 9 §. 1 eod., l. 23 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 19 §. 13—16 l. 20 D. de auro 34. 2. Beim Gemälde soll die Malerei die Hauptsache sein, nicht die Tafel, nach Justinians Entscheidung, §. 34 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 3 D. de R. V. 6. 1. Wie das Gemälde muß auch die Photographie beurtheilt werden; in Betreff der Daguerrotypen a. M. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 212 fg. Die Steinzeichnung stellt dem Gemälde gleich das Urtheil bei Seuff. IX. 127; dagegen XIII. 129. Beim Schiffe ist die Hauptsache der Kiel (l. 61 D. de R. V. 6. 1); doch wird in l. 26 pr. D. h. t. 41. 1 in Betreff des Schiffs der Gesichtspunkt der Verfertigung geltend gemacht (s. jedoch Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 356 fg.). Aushülfsweise kann auch Umfang und Werth der verbundenen Sachen in Betracht kommen, l. 27 §. 2 D. h. t. 41. 1. [Bechmann S. 63 fg. 73 fg., Bremer S. 50 fg.]

[7] So beim Zusammenschütten zweier Haufen Getreide, §. 28 I. h. t. 2. 1, l. 5 pr. D. de R. V. 6. 1. [Bechmann S. 28 fg.]

[8] L. 78 D. de sol. 46. 3. „Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est". [Bechmann S. 31. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868) S. 21 fg. Goldschmidt Handelsrecht I §. 105 Note 8.]

[9] §. 27. 28 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 8 l. 25 D. h. t. 41. 1, l. 5 pr. D. de R. V. 6. 1.

§. 190. [1] Gewöhnlich nimmt man den Fall der Antreibung aus, indem man sich darauf beruft, daß hier die Verbindung durch Naturgewalt erfolge (Wächter

unterscheiden, ob der Verlierende selbst die Verbindung vorgenommen hat, oder nicht. Im ersten Fall hat er einen Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen von der Verwendung, also, wenn er im guten Glauben war, ein Retentionsrecht, bis ihm ersetzt worden ist, worum die von ihm abgeforderte Sache durch die Verbindung für den Eigenthümer werthvoller geworden ist[2], während ihm ein Klagerecht in den Quellen ausdrücklich abgesprochen wird[3]. Im zweiten Fall hat er einen auch durch Klage zu verfolgenden Anspruch gegen den Eigenthümer auf Herausgabe des Werthes der verlorenen Sache[4]. Ueber den besonderen Entschädigungsanspruch bei eingebautem Baumaterial ist oben bereits gehandelt worden[5].

---

ter Note 39—42, Schmid Note 12—18), oder darauf, daß der Verlierende den Verlust durch zeitige Rückforderung hätte abwenden können (Arndts §. 152 Anm. 4 a. E.). Weder der eine noch der andere Grund erscheint mir durchgreifend; vgl. was den ersten angeht l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt". Voigt condictiones ob causam S. 749 bezieht diese Stelle direct auf die Accession.

[2] L. 23 §. 4 D. de R. V. 6. 1. „In omnibus . . istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare". §. 30. 32. 33 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 12 l. 9 pr. §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 5. 11. 16 C. de R. V. 3. 32, l. 37. 38 D. eod. 6. 1.

[3] L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de exc. doli 44. 4, l. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3. Vgl. II §. 422 Note 7.

[4] L. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1: „. . . in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est". In anderen Stellen wird eine utilis rei vindicatio gegeben, welche hier lediglich Form der Geltendmachung des Ersatzanspruches ist, so daß sie durch Herausgabe des Werthes abgewendet werden kann (Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 120 fg.), so in l. 5 §. 3 de R. V. 6. 1 bei der Einpflanzung, in §. 34. I. h. t. 2. 1 und l. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1 (Gai. II. 78) beim Malen (Ihering a. a. O. S. 138—141. 160. 165. 171—172, Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 350—352). Für den Fall des Einwebens gibt §. 26 I. h. t. 2. 1 eine condictio auf die Bereicherung. „. . Nam exstinctae res, licet vindicari non possunt, condici tamen a furibus et a quibusque aliis possessoribus possunt". D. h. eben: soweit die Bereicherung reicht. Vgl. II §. 424 Note 1.

[5] Die besonderen Gründe, auf denen ein Entschädigungsanspruch beruhen kann, wie Vertrag und Delict, bleiben natürlich auch hier (vgl. §. 187 Note 6) außer Ansatz.

V. Verlust des Eigenthums*.

§. 191.

Verloren wird das Eigenthum: dadurch, daß ein Anderer es erwirbt; durch Aufgabe des Eigenthümers, die aber in der Behandlung der Sache äußerlich hervortreten muß (Dereliction)[1]; durch Untergang der Sache, oder dadurch, daß sie in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist; endlich das Eigenthum an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen[2].

VI. Der Eigenthumsanspruch*.

Einleitung.

§. 192.

Der dem Eigenthumsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß sich Niemand mit dem Eigenthumswillen in thatsächlichen Widerspruch setze. Geschieht dieß dennoch, so verwandelt sich der Eigenthumsanspruch in einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederaufhebung der dadurch dem Eigenthumsrechte zugefügten Verletzung. Wird die Befriedigung dieses Anspruchs verweigert, so wird der Eigenthumsanspruch zur Eigenthumsklage (§. 122). Von dem Eigenthumsanspruch in seiner Gestaltung durch die Verletzung des Eigenthums bez. von der Eigenthumsklage ist hier näher zu handeln.

Der Eigenthumsanspruch hat einen verschiedenen Inhalt, je nach der Verschiedenheit der dem Eigenthum zugefügten Verletzung. Diese Verletzung kann eine totale, oder eine bloß partielle sein. Die erste besteht darin, daß dem Eigenthümer seine Sache ganz vorenthalten wird; die zweite besteht darin, daß

---

* Gesterding S. 400—402, Schmid I §. 19, Pagenstecher II S. 356 fg., Böcking II §. 155 fg.

§. 191. [1] §. 47 I. de R. D. 2. 1, l. 17 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 3. D. pro derel. 41. 7. Vgl. l. 2 §. 1 eod.

[2] S. §. 165 Note 5.

* Dig. 6. 1 Cod. 3. 32 de rei vindicatione.

ohne Vorenthaltung der Sache in das Eigenthumsrecht eingegriffen wird. Welches aber auch der Inhalt des Eigenthumsanspruchs sein möge, derselbe fordert immer, was er fordert, auf Grund des Eigenthums; deßwegen ist er ein dinglicher, kein persönlicher[1].

A. Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache*.

1. Gegenstand.

§. 193.

Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache ist zuvörderst gerichtet auf Herausgabe der Sache. Wird die Herausgabe auch von dem verurtheilten Besitzer noch verweigert, so hat der Eigenthümer die Wahl[1] zwischen directer Erzwingung[2] und Eintreibung seines, durch seinen Eid zu bestimmenden, Interesse[3]. Verlangt der Besitzer eine Frist für die Herausgabe,

---

[1] Die Eigenthumsklage wegen Vorenthaltung der Sache heißt römisch rei vindicatio, die Eigenthumsklage wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa. Eine vindicatio ist übrigens die letztere auch; nur keine *rei* vindicatio. Das Ziel der Eigenthumsklagen wird in den Quellen im Allgemeinen als ein restituere bezeichnet. §. 192.

* Kritz Darstellung praktischer Materien des Römischen Rechts. 1. Band. Ueber die Vindication und die Publicanische Klage (1831). Wetzell der römische Vindicationsproceß (1845). Gerstерding S. 309—381, Schmid I §. 15, Pagenstecher III S. 5—182. Glück VIII S. 26 fg., Sintenis I S. 517—525.

[1] Schmid S. 295, Wetzell System des Civilproc. §. 50 Nr. II. §. 193.

[2] So nach heutigem und schon nach neuerem römischen Rechte, während im älteren römischen Recht der hartnäckige Besitzer nur auf Geld condemnirt und exequirt werden konnte. Das neuere römische Recht steht bereits in l. 68 D. de R. V. 6. 1, wobei freilich dahin gestellt bleiben muß, ob nicht kraft einer Interpolation. Vgl. Wetzell Vindicationsproceß S. 126 und System des Civilproc. §. 50 Note 80, Rudorff röm. RGesch. II §. 92 Note 14, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 115 a. E.

[3] S. §. 133 Num. 2. b; l. 2 §. 1 D. de in lit. iur. 12. 3. Durch die Leistung des Interesse geht das Eigenthum auf den Besitzer über (§. 172 Note 22), als wenn die Sache verkauft worden wäre, l. 46. 47 D. h. t., l. 35 §. 2 eod., l. 7 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 22 pr. D. rer. amot. 25. 2, l. 1. 3. D. pro emt. 41. 4. Literaturangaben in Note 12.

so ist ihm dieselbe gegen gehörige Sicherheit nach billigem Ermessen des Richters zu gewähren[4]. Was den Ort der Herausgabe angeht, so ist der Besitzer an und für sich nicht verpflichtet, die Sache an einem andern Ort herauszugeben, als wo sie sich befindet; doch kann der Eigenthümer auf Herausgabe am Ort des Processes dringen: a) wenn er Gefahr und Kosten tragen will; b) wenn der Besitzer unredlicher Besitzer war, und die Sache von dem Ort des Processes nach Erhebung desselben entfernt hat[5].

Ist der Berechtigte nur Miteigenthümer, so geht sein Anspruch auch nur auf Einräumung des Mitbesitzes. In diesem Falle ist aber der Besitzer berechtigt, abgesehen von besonderen Umständen, die Angabe der Quote zu verlangen, zu welcher der Gegner das Miteigenthum in Anspruch nimmt[6].

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache verwandelt sich in einen Anspruch auf Leistung des Interesse[7], wenn dem Besitzer die Herausgabe der Sache unmöglich wird, ohne daß er dadurch von dem Eigenthumsanspruch befreit wird. Dieß ist der Fall: a) beim unredlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe vor Erhebung des Processes durch seinen Willen[8], oder

[4] §. 2 I. de off. iud. 4. 17.

[5] L. 10—12 D. h. t, vgl. l. 11 §. 1 D. ad exh. 10. 4, auch II §. 282 Note 5.

[6] L. 6. 8 l. 35 §. 3 D. h. t., l. 76 §. 1 eod. [Vgl. Seuff. Arch. XXI. 14.]

[7] S. §. 101 Note 14, II §. 257 Note 6.

[8] L. 27 §. 3 D. h. t. „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione . .". L. 131 D. de R. I. 50. 17. „Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est". L. 157 §. 1 D. eod. „Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet". Neuere sprechen hier von einer Verhaftung wegen ficta possessio. Die Verhaftung desjenigen, qui dolo desiit possidere, ist zuerst für den Erbschaftsanspruch eingeführt [vgl. aber III §. 612 Note 11], und von da auf den Eigenthumsanspruch übertragen worden, l. 27. §. 3 D. cit., vgl. l. 20 §. 6 l. 25 §. 2 sqq. D. de H. P. 5. 3, aber auch Wetzell Vindicationsproc. S. 133. Ein dolo desinere possidere liegt nicht bloß dann vor, wenn der unredliche Besitzer sich des Besitzes in der Absicht entäußert, um sich dadurch dem Eigenthumsanspruch zu entziehen (Wetzell a. a. O.), sondern überhaupt, wenn er sich

nach Erhebung des Processes irgendwie eintritt[9]; b) beim redlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe nach Erhebung des Processes durch seine Schuld eintritt[10]. Gegenüber dem unredlichen Besitzer, welcher sich willentlich in die Unmöglichkeit der Herausgabe versetzt hat, darf der Berechtigte sein Interesse durch seinen Eid bestimmen[11]. In diesem Fall ist auch die Leistung des Interesse nicht Abfindung für den Eigenthümer, in den übrigen allerdings[12].

---

des Besitzes mit seinem Willen entäußert, wenn er „facit quominus possideat" (l. 20 §. 6 cit.), durch Weggeben oder Vernichtung der Sache; er soll nicht über die Sache verfügen, da er weiß, daß sie nicht die seinige ist. Wächter Erörterungen III S. 128. 129, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 192. 193, Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 147. 269. Seuff. Arch. XV. 202. [Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 186; Nr. 17.] Vgl. auch l. 9 pr. D. ad exh. 10. 4. Der Anspruch ist ein reiner Delictsanspruch in der Form des Eigenthumsanspruchs; daher bestimmt sich auch die Verhaftung des Erben nach den Grundsätzen von den Delictsansprüchen, l. 52 D. h. t. [Redlicher Besitzer? Goldschmidt Handelsrecht I S. 835.]

[9] Der unredliche Besitzer soll keinen Proceß über die Sache führen; er soll sie dem Kläger ohne Proceß herausgeben. Führt er den Proceß dennoch, so ist er verpflichtet, dem Kläger den ihm dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Deßwegen wird er selbst dadurch nicht frei, daß er die Sache in einer Weise verliert, aus der ihm an und für sich ein Vorwurf nicht gemacht werden kann, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei sofortiger Herausgabe der Kläger jetzt weder die Sache noch ihren Werth haben würde. Das Nähere mit den Beweisstellen s. oben §. 124 Note 4. 9 und unter II §. 280 Num. 2; außer den daselbst citirten Schriftstellern vgl. noch Wetzell S. 174 fg., Schmid §. 15 Note 103.

[10] Nach den Grundsätzen von der durch den Proceß begründeten Verantwortlichkeit auch des redlichen Besitzers. S. §. 124 Note 5. 8, woselbst auch die Beweisstellen.

[11] L. 68 D. h. t. Vgl. §. 133 Num. 2. b.

[12] Der Beklagte kann in diesen Fällen, als hätte er die Sache gekauft, von dem Kläger Abtretung seines Eigenthumsanspruchs, wie seiner sonstigen Ansprüche verlangen (II §. 337), hat aber den Eigenthumsanspruch auch ohne Abtretung (II §. 337 Note 2), und wird dadurch, daß er den Besitz der Sache erlangt, Eigenthümer derselben — vorausgesetzt daß auch jetzt noch der Kläger den Besitz- und Eigenthumsübertragungswillen hat, weßwegen derselbe auf Begehren des Beklagten Caution stellen muß. L. 21. 63. 69. 70 D. h. t., l. 46. 47 eod., l. 7 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 22 pr. D. rer. amot. 25. 2, l. 1. 3 D. pro emt. 41. 4. Anders in dem erstgenannten Falle, l. 69. 70

Befindet sich der Besitzer in der Unmöglichkeit, die Sache in unversehrtem Zustand herauszugeben, so tritt zu dem Anspruch auf Herausgabe ein Anspruch auf Leistung des Interesse hinzu, nach den gleichen Grundsätzen wie bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache selbst, nur mit dem Unterschied, daß hier der unredliche Besitzer auch vor Beginn des Processes für Nachlässigkeit haftet[13].

§. 194.

Der Eigenthumsanspruch ist aber nicht bloß auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet, sondern auch auf Herausgabe der von derselben gezogenen Früchte und des sonstigen Zuwachses[1]. Hat der Besitzer das Gewonnene hinterher wieder verloren, so

---

vgl. l. 7 D. h. t., l. 13 §. 14 D. de H. P. 5. 3, l. 95 §. 9 D. de solut. 46. 3. Literatur: Wetzell S. 223 fg., A. Schmid die Grundlehren der Cession I §. 25, Vangerow I §. 332 Anm. 3 Nr. III. 1. b.

[13] L. 13—15 pr. l. 45 D. h. t. (über diese letztere Stelle Wetzell S. 206 fg., Savigny VI §. 272. g), l. 5 C. h. t., vgl. l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3. — Die Behauptung, daß der unredliche Besitzer auch für den Besitzverlust hafte, welcher vor Beginn des Processes durch seine Nachlässigkeit eintrete (Glück VIII S. 208. 209, Sintenis I §. 42 Anm. 38, Wächter Erörter. III S. 180 Note 90, Savigny VI S. 167, Vangerow III §. 332 Anm. 2 Nr. III. 1. b a. E.), läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen; dieselben verlangen, abgesehen von den Fällen der ficta possessio, Besitz zur Zeit des Proceßbeginnes. L. 25 §. 2 l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3 handeln von der Verschlechterung der Erbschaft, nicht von dem Verluste des Besitzes derselben; ebensowenig handelt l. 45 D. h. t. von dem Verlust des Besitzes der vindicirten Sache („si homo sit, qui post conventionem restituitur"). Vgl. Wetzell S. 206 fg. — Noch weiter geht Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 184 fg.; derselbe behauptet, der unredliche Besitzer hafte selbst für casus; denn das SC. Iuventianum habe bestimmt, der unredliche Besitzer solle fortan bloß auf Grund seines unredlichen Besitzes so haften, wie früher nur nach dem Proceßbeginne. Das soll bewiesen werden durch l. 25 §. 7 und l. 20 §. 11 D. de H. P. 5. 3! — Nur derjenige unredliche Besitzer, welcher es durch Entwendung oder gewaltsame Entsetzung geworden ist, haftet allerdings auch für den Zufall, auf Grund seines Delicts. S. II §. 453.

§. 194. [1] §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 22 C. h. t., l. 17 §. 1 l. 20. 34. 62 pr. l. 64 D. h. t., l. 5 C. h. t. Auch das fällt unter den Begriff des restituere, l. 22. 23 l. 246 §. 1 D. de V. S. 50. 16; vgl. l. 35. 75 D. eod. und §. 124 Note 2 u. 6. In Betreff der juristischen Früchte vgl. noch Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 132 fg; Seuff. Arch. XIV. 11.

entscheiden die Grundsätze über den Verlust des Besitzes der Hauptsache, jedoch auch hier mit dem Unterschied, daß der unredliche Besitzer für Nachlässigkeit auch vor Beginn des Processes haftet[2]. Für versäumten Gewinn haftet der redliche Besitzer erst nach Beginn des Processes[3], der unredliche Besitzer auch vorher[4], vorher jedoch nur für den Gewinn, welchen er selbst[5], nachher auch für denjenigen, welchen der Eigenthümer hätte ziehen können[6].

2. Gegenansprüche*.

§. 195.

Seinerseits hat der Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen[1], und braucht die Sache nicht eher herauszugeben, bis er für dieselben befriedigt ist[1a].

---

[2] Nach den für die Verschlechterung der Hauptsache geltenden Regeln; der Anspruch auf Herausgabe des Zuwachses ist nur eine Erweiterung des Anspruches auf die Hauptsache, und dieser durch den fortdauernden Besitz der Hauptsache begründet. S. §. 124 Note 6. Vgl. übrigens auch Wetzell S. 163—168.

[3] S. §. 124 Note 6 und die dort citirten Stellen. Vorher „quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est“ (l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3).

[4] Gegen die gegentheilige Ansicht (Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 1, Wetzell S. 168 fg.), s. Schmid I §. 15 Note 110 und Vangerow I §. 333 Anm. Nr. II. 1 a, und die das. Citirten. [Vgl. noch Göppert die organischen Erzeugnisse S. 133 fg. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 507 fg.]

[5] Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Vernachlässigung der Sache; er muß dem Eigenthümer leisten, was derselbe bei Nichtvernachlässigung der Sache gehabt haben würde.

[6] Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Nichtherausgabe der Sache an den Kläger; er muß leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn ihm die Sache ohne Proceß herausgegeben worden wäre. Vgl. §. 124 Note 6 und die dort citirten Stellen und Schriftsteller, auch Wetzell S. 251 fg.

* W. Sell in Sell's Jahrb. III. 8. 9 (1844). Leist civ. Studien II S. 11—60 (1855). Vgl. auch Dernburg Compensation S. 346 fg.

[1] Nicht etwa auch auf Ersatz des für den Erwerb der Sache Aufgewendeten — abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen. L. 3. 23 C. h. t. §. 195.

[1a] Inwiefern er auch ein Klagerecht habe, darüber s. II §. 422 Note 7. §. 431 Note 17. 18.

Dafür gelten näher folgende Grundsätze. Für nothwendige Verwendungen[2] kann jeder Besitzer Ersatz verlangen, auch der unredliche, nur nicht der Dieb[3]. Für andere Verwendungen hat der unredliche Besitzer keinen Ersatzanspruch, er hat nur das Recht, die gemachten Anlagen wieder wegzunehmen[4]. Dagegen hat der redliche Besitzer einen Ersatzanspruch[5] auch für die bloß nützlichen Verwendungen[6], d. h. diejenigen, welche dem Eigenthümer nützlich sind[7], jedoch nur bis zum Belange des dadurch erzielten Mehrwerthes[8], und so, daß er sich den Werth der Früchte, welche er behält, anrechnen lassen muß[9]. Für die Verwendungen, welche auch nicht nützlich in dem angegebenen Sinne

---

[2] Impensae necessariae — solche, die zur Erhaltung der Sache nothwendig sind. L. 1 §. 1. 3 l. 2—4 l. 14 pr. D. de impensis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 15. Vgl. Leist S. 23—25.

[3] L. 5. C. l. 65 pr. D. h. t., l. 1 C. de inf. expos. 8. 52.

[4] §. 30. 32. 33. I. de R. D. 2. 1, l. 7 §. 12 l. 9 pr. §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 5 C. eod., l. 37 D. eod. Seuff. Arch. XIX. 124.

[5] §. 30. 32. 33 I. de R. D. 2. 1, l, 7 §. 12 l. 9 pr. §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 38 D. h. t.; nach der letzteren Stelle bestimmt sich der Sinn der l. 27. §. 5 eod. S. Note 11.

[6] Impensae utiles — solche, welche den Nutzen der Sache erhöhen. L. 5 §. 3 l. 6 l. 14 §. 1 D. de imp. 25. 1. l. 79 §. 1 D. de V. S. 50, 16, Ulp. VI. 16. Vgl. Leist S. 28—30.

[7] L. 38 D. h. t. „In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse; reddat impensam, ut fundum recipiat . . Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat; sufficit tibi permitti, tollere ex his rebus quae possis . . Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit; nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es“. Uebereinstimmend l. 25 D. de pign. act. 13. 7, l. 8 D. de impens. 25. 1. Umgekehrt ist eine an und für sich nicht nützliche Verwendung als nützlich zu betrachten, wenn der Eigenthümer die Sache feil hat, l. 29 D. h. t., l. 10 D. de impens. 25. 1. Vgl. auch II §. 430 Note 17.

[8] L. 38 cit.: „ . . . usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est“.

[9] L. 48 D. h. t. In gleicher Weise werden diese Früchte gegen die Zinsen des für nothwendige Verwendungen ausgegebenen Geldes aufgerechnet, l. 65 pr. D. h. t. Den Beweis des Mehrbetrages seiner Verwendungen legt ihm — gewiß mit Unrecht — das Urtheil bei Seuff. XI. 211 auf.

sind[10], hat auch der redliche Besitzer nur das Recht der Wegnahme[11]. Für das Recht der Wegnahme, mag es von dem redlichen oder dem unredlichen Besitzer geübt werden, gilt näher Folgendes. Es darf durch die Wegnahme die Sache nicht schlechter werden, als sie vor der Verwendung war, und die Wegnahme darf nicht zur Chicane geschehen, d. h. das Recht zu derselben fällt weg, wenn sie entweder dem Besitzer keinen Vortheil gewährt, oder der Eigenthümer den Besitzer für die Vortheile, welche sie ihm wirklich gewährt, in Geld zu entschädigen bereit ist[12].

Unter besonderen Grundsätzen stehen die auf die Gewinnung der Früchte gemachten Verwendungen. Diese werden von dem Betrage der herauszugebenden Früchte abgezogen; wirkliche Frucht ist nur, was nach Abzug des auf ihre Gewinnung Verwendeten übrig bleibt[13]

3. Voraussetzungen.

§. 196.

Die Voraussetzungen des Eigenthumsanspruchs sind im Allgemeinen bereits bezeichnet worden: sie sind in der Person des Berechtigten Eigenthum, in der Person des Verpflichteten Vor-

---

[10] Die Quellen bezeichnen sie als Verwendungen, welche nur dem Vergnügen dienen, impensae voluptuariae oder voluptuosae — l. 7 pr. l. 14 §. 2 D. de imp. 25. 1, l. 79 §. 2 D. V. S. 50. 16, Ulp. VI. 17; Leist S. 30. — Dieser Schriftsteller will übrigens (S. 30—34) unter impensae voluptuariae solche verstanden wissen, welche lediglich auf dem individuellen Willen, dem individuellen Behagen (voluptas), des Verwendenden beruhen. Da aber auch die nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf dem Willen des Verwendenden beruhen, so kommt diese Begriffsbestimmung darauf hinaus, daß impensae voluptuariae solche Verwendungen seien, welche nicht nothwendige und nützliche sind (vgl. S. 31 ob.).

[11] L. 27 §. 5 D. l. 38 D. h. t., l. 9 D. de impens. 25. 1. Abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen des Eigenthümers, z. B. wenn die Verwendung mit seinem Willen gemacht worden ist.

[12] L. 37. 38 D. h. t., l. 9 D. de impens. 25. 1. Seuff. Arch XIX. 124.

[13] Nur der Netto- nicht der Bruttoertrag. L. 3 §. 1 l. 16 D. de impens. 25. 1, l. 46 D. de usur. 22. 1, l. 2 C. de fruct. 7. 51.

enthaltung der Sache[1]. Hierüber ist aber noch folgendes Nähere zu bemerken.

1) Der Berechtigte muß sein Eigenthum, wenn es ihm bestritten wird, natürlich beweisen[2]. Beruft er sich auf abgeleiteten Erwerb, so gehört dazu auch Beweis des Eigenthums des Rechtsvorgängers[3]. Behauptet der Beklagte Miteigenthum, so leugnet er damit, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer sei, und nöthigt denselben dadurch zum Beweise[4].

2) Die Vorenthaltung der Sache besteht in dem Besitze der Sache gegen den Willen des Eigenthümers. Dieser Besitz braucht kein juristischer Besitz zu sein; es kann auch ein Besitz im Namen eines Andern sein[5]. Jedoch kann derjenige, welcher eine unbewegliche Sache im Namen eines Andern besitzt, den Eigenthumsanspruch durch Hinweisung auf die Person des juristischen Be-

---

§. 196. [1] Das ältere deutsche Recht verlangte bei beweglichen Sachen außerdem noch unfreiwilligen Verlust des Besitzes („Hand muß Hand wahren"). Dieser Satz gilt aber heutzutage nur noch particularrechtlich. Gerber deutsch Privatr. §. 102, Beseler deutsch. Privatr. §. 86. Ueber die Gestaltung welche er im HGB. in Betreff der von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußerten Sachen gewonnen hat, s. §. 165 Note 7 und den das. citirten Aufsatz von Goldschmidt. [Handelsrecht I S. 811 fg.] Ueber die Vindication von Papieren auf den Inhaber s. daselbst, und Kuntze Inhaberpapiere S. 649 fg.', Thöl Handelsrecht I §. 55, Beseler deutsch. Privatr. §. 87 Nr. IV.

[2] L. 9. 80 D. h. t.

[3] L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Wenn der Rechtsvorgänger ebenfalls durch abgeleiteten Erwerb Eigenthümer geworden ist, so ist auch Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erforderlich u. s. w. Bei der Schwierigkeit dieses Beweises (probatio diabolica!) hat man dem Eigenthumskläger, welcher den rechtmäßigen Erwerb bewiesen habe, den Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erlassen wollen (so zuerst Thibaut Arch. f. civ. Pr. VI. 15 [1823], dessen Idee dann von Andern aufgenommen worden ist, zuletzt von Brinz S. 246 und Pagenstecher S. 143 fg.; nähere Literaturangaben bei Schmid §. 15 Note 145, Vangerow I §. 332 Anm. 1), aus Gründen, welche keine Beweiskraft haben. Aber freilich hat der Kläger, welcher Eigenthum behauptet hat, unter Umständen mehr behauptet, als zu seinem Siege erforderlich ist (Publiciana actio); darf sich der Richter nicht auch mit dem Beweise des Geringeren (des rechtmäßigen Erwerbes) begnügen? Das ist eine processualische Frage; vgl. darüber Sintenis I §. 53 Note 16.

[4] Vgl. Arndts Rhein. Museum III. 12 (S. 215 fg.)

[5] L. 9 D. h. t. Uebrigens ist der Satz, daß auch der Besitzer in frem-

sitzers von sich abwenden[6]. Leugnet der Besitzer den Besitz fälschlich ab, so wird ihm auf geführten Beweis der Besitz genommen, und auf den Kläger übertragen[7].

3) Der Eigenthumsanspruch erfordert zu seiner Entstehung Besitz des Gegners nicht nothwendig. Derjenige, welcher sich, ohne zu besitzen, unter dem Vorgeben, daß er besitze, auf den Eigenthumsstreit einläßt, wird verurtheilt, als wenn er besäße[8].

---

dem Namen dem Eigenthumsanspruch hafte, kein unbestrittener. Vgl. Schmid §. 15 Note 33, und aus der neueren Zeit Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 427 fg. [Ders. Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 124 fg. Vgl. noch Seuff. Arch. XX. 104.] — Geht der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer in fremdem Namen, so geht er auch gegen denjenigen, welcher im Namen gerade des Eigenthümers besitzt, und trotz der Verweigerung der Herausgabe in dessen Namen zu besitzen fortfährt, wenn er z. B. die Herausgabe der Sache nur zur Zeit verweigert, oder bis zur Befriedigung eines Gegenanspruchs (vgl. l. 20 D. de A. v. A. P. 41. 2). Da nun in diesem Falle der juristische Besitzer der Sache der Eigenthümer selbst ist, so ergibt sich, daß der Eigenthumsanspruch auch mit Besitz des Eigenthümers verträglich ist. Dieß ist die älteste Erklärung des „berüchtigten" unus casus des §. 2 I. de act. 4. 6, welche in der neueren Zeit namentlich von Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 2 (1845) und XVIII. 21 XIX. 3 (1861) vertheidigt worden ist. Es sind aber sehr verschiedene Meinungen über diesen unus casus aufgestellt worden; s. Fritz a. a. O. und Vangerow I §. 332 Anm. 3 Nr. III. 3, auch Ihering Geist des röm. R. III S. 67 Note 53.

[6] S. g. laudatio oder nominatio auctoris. Dieselbe beruht auf l. 2 C. ubi in rem 3. 19 (wiederholt in c. 5 §. 7 X. ut lite non cont. 2. 6). Will dann der juristische Besitzer den Proceß nicht übernehmen, so wird der Besitz der Sache dem Kläger überantwortet, und es jenem überlassen, seine Ansprüche nun seinerseits klageweise geltend zu machen. Die neueste Abhandlung über die laudatio auctoris ist die von Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 20 (1861); vgl. außerdem Vangerow I §. 332 Anm. 3, Wetzell Civilproc. §. 7 Nr. 3, Bayer Vorträge §. 48, Briegleb summ. Proc. §. 64. [Wieding der Justinianische Libellproceß S. 628 fg. (1865). Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 124 fg. (1868). Bolgiano ges. Abhandlungen aus dem Gebiete des gem. deutsch. Civilprocesses Nr. I (1869). Dazu Schütze krit. VJSchr. XI S. 572 fg. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 S. 1020 fg.] Die meisten Schriftsteller dehnen die Verordnung auf bewegliche Sachen aus.

[7] L. 80 D. h. t. Vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 28 fg. Seuff. Arch. XIII. 209.

[8] Der zweite Fall der s. g. ficta possessio (§. 193 Note 8). L. 25—27

Ebensowenig setzt die Fortdauer des Eigenthumsanspruchs nothwendig Fortdauer des Besitzes voraus: hierüber ist das Nähere bereits in §. 193 gesagt worden.

4. Einreden.

§. 197.

Unter den Einreden, welche dem Eigenthumsanspruch entgegenstehen können, sind hier hervorzuheben: 1) die Einrede der Verwendung (§. 195); 2) die Einrede, daß dem Besitzer ein dingliches Recht an der Sache zustehe, kraft dessen er dieselbe rückbehalten dürfe[1]; 3) die Einrede, daß, wenngleich dem Besitzer kein dingliches Recht an der Sache zustehe, der Eigenthümer dennoch verpflichtet sei, dem Besitzer die Sache zu lassen. Was diese letztere Einrede angeht, so ist noch besonders hervorzuheben der Fall, wo die Verpflichtung ihren Grund darin hat, daß der Eigenthümer

---

pr. D. h. t.; vgl. l. 13 §. 13 l. 45 D. de H. P. 5. 3. Der Anspruch ist wie der Anspruch gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere, eigentlich ein Strafanspruch; er geht wie dieser auf das volle Interesse, und seine Befriedigung enthält ebensowenig, wie die Befriedigung des genannten Anspruchs, eine Abfindung des Eigenthümers (l. 7 D. h. t.). Vgl. Wetzell Vindicationsproceß §. 28, Vangerow I §. 332 Anm. 3 Nr. III 1. a, Schmid S. 280 fg., Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 174 fg.

§. 197. [1] Z. B. Nießbrauch, Pfandrecht. Nach Justinians Vorschrift in Nov. 18 c. 10 soll es aber dem Besitzer nicht mehr erlaubt sein, sich auf ein vom Kläger hergeleitetes dingliches Recht zu berufen, wenn er vorher dessen Eigenthum bestritten, und denselben dadurch zum Beweise genöthigt habe; er soll vielmehr die Sache herausgeben, und sein behauptetes Recht in einem besonderen Processe als Kläger durchführen müssen. (Die Stelle sagt nicht bloß dieß; aber jedenfalls sagt sie dieß auch. Vgl. §. 235 Note 26.) Diese Vorschrift ist in der Sprache des damaligen Proceßrechts ausgedrückt, nach welchem die peremtorischen Einreden erst nach dem Beweise des Klägers zur Verhandlung kamen (Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproz. I S. 263, röm. Civilproz. III S. 267 fg.); nach heutigem Proceßrecht, welches Vorbringung aller Einreden sogleich mit der Streiteinlassung und gleichzeitige Verhandlung derselben vorschreibt, nimmt sie den einfachen Ausdruck an, daß der Beklagte sich nicht in demselben Processe auf ein Recht berufen dürfe, das seinen Ursprung in einem andern Rechte habe, welches er selbst bestreite. Auffallender Weise wird aber Justinians Vorschrift gegen ihren klaren Wortsinn, („— postea vero is, qui semper abnegaverat, illius hoc non fuisse, uti voluerit illius iure, et dicere, quia ex hypotheca aut aliis causis in illam

die Sache selbst zu Eigenthum übergeben hat[2], unter Umständen, welche zwar den Uebergang des Eigenthums ausschlossen, nicht aber seine Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen[3]. In diesem Falle geht nämlich die Einrede[4] activ und passiv

---

personam relatis propinquior est", — „si qua iura habeat ex illa persona de qua prius negationem passus est", — „neque res ex quibus detinent abnegent personis") von den meisten Schriftstellern nicht von einem vom Kläger hergeleiteten, sondern von einem irgendwelchen dinglichen Recht verstanden, und der Grund derselben nicht in dem Widerspruch, in welchen der Beklagte sich durch eine Behauptung der bezeichneten Art mit sich selbst setzt, sondern eben darin gefunden, daß die Behauptung des dinglichen Rechts erst nachträglich gemacht worden sei, woraus dann geschlossen wird, daß die Vorschrift bei uns gar keine Bedeutung mehr habe. Vgl. Glück VIII S. 225, Thibaut System II §. 710, Puchta §. 168. c, Sintenis I §. 52 Note 16, Sell dingl. Rechte S. 361—363, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 48, Schmid I S. 332. Die richtige Beziehung der Vorschrift findet sich bei Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 369, Keller S. 278, Vangerow I §. 332 Anm. 1 a. E. in der 7. Aufl., Wetzell Civilproc. §. 30 Nr. I. 1; doch sind Gesterding und Vangerow ebenfalls der Meinung, daß die Bestimmung durch die Eventualmaxime des heutigen Processes erledigt sei.

[2] Gegensatz: er hat die Sache vermiethet, verliehen, oder auch verkauft, verschenkt, aber ohne Besitzesübergabe (s. Note 6). Vgl. Seuff. Arch. VI. 149. — Ziebarth die Obligation und die Realexecution S. 40 fg. bestreitet für das römische Recht, daß der Miether und überhaupt der Besitzer in fremdem Namen sich mit Berufung auf die obligatorische Verpflichtung des Eigenthümers, ihm die Sache zu lassen, habe vertheidigen können, weil der Eigenthümer Realexecution gehabt habe, nicht aber der Miether ꝛc. ꝛc. Aber darf der Eigenthümer gegenüber dem seiner Verpflichtung entsprechenden factischen Zustand die Unvollkommenheit der Zwangsmaßregeln geltend machen, welche seinem unrechtlichen Willen für den Fall entgegenstehen, wo der factische Zustand seiner Verpflichtung nicht entspricht? Für das heutige Recht nimmt auch Ziebarth das Gegentheil an, auf Grund des dem Miether ꝛc. wegen der ihm gewährten Realexecution zustehenden „Rechts zur Sache" (§. 43 Note 6), S. 179 fg. [Degenkolb krit. VJSchr. IX S. 221 fg.]

[3] Ist aus der Eigenthumsübergabe nicht einmal eine Verpflichtung dieser Art entstanden, so fällt auch die Einrede weg, vgl. die in §. 172a Note 2 citirten Stellen.

[4] Die Bezeichnung derselben als exceptio rei venditae et traditae (Dig. 21. 3 de exceptione rei venditae et traditae) ist von einem Hauptfalle hergenommen; Kauf ist nicht nothwendig. Die Einrede konnte auch als exc. doli gefaßt werden, und als solche wird sie in anderen Stellen bezeichnet. Besondere Literatur: Michelsen de exceptione rei venditae et traditae

nicht bloß auf die Gesammtnachfolger über, sondern auch auf die Sondernachfolger[5]. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo der Eigenthümer zu einer Zeit die Sache zu Eigenthum übergeben hat, wo er noch nicht Eigenthümer war[6].

(1824). v. Buchholtz Versuche Nr. 13 (1831). Wiebeking über die exceptio rei venditae et traditae nach älterem und neuerem röm. R. (1847). Glück XX S. 434 fg., Vangerow I §. 334 Anm. Nr. 3.

[5] L. 3 D. h. t., l. 2 eod., l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4, l. 72 D. de R. V. 6. 1.

[6] L. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de evict. 21. 2. Diesem Fall steht gleich der Fall, wo dadurch in derselben Person Eigenthum und Eigenthumsübergabe zusammenkommen, daß der Eigenthümer Gesammtnachfolger des Uebergebenden wird, l. 1 §. 1 D. h. t., l. 73 D. de evict. 21. 2, l. 14 C. de R. V. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8. 45. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Eigenthumsübergabe unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt ist, l. 7 §. 3 D. de I. D. 23. 3. Dagegen darf nicht hierher auch der Fall gestellt werden, wo ohne Besitzesübergabe verkauft worden ist. Zwar ist von diesem Falle in unserem Titel die Rede (l. 1 §. 5); aber dasjenige, worin gerade das Charakteristische der exc. rei venditae et traditae besteht, der Uebergang auf die Sondernachfolger, fällt hier weg, wie l. 9 §. 4 D. de Publ. 6. 2 beweist, vgl. auch l. 15 C. de R. V. 3. 32, l. 6 C. de H. v. A. V. 4. 39. Ebensowenig aber darf meiner Ansicht nach der Fall hierher gezogen werden, wo der Uebergebende einen Andern für den Eigenthümer hält, so daß sein Wille nur auf die Uebertragung des Eigenthums dieses Andern, welches nicht bestand, nicht aber auf die Uebertragung des ihm selbst zustehenden Eigenthumsrechts gerichtet war (l. 49 D. mand. 17. 1, l. 10 D. de distr. pign. 20. 5). Eben deßwegen, weil sein Wille auf den Uebergang eines nicht bestehenden Eigenthumsrechts gerichtet war, ist er durch seine Eigenthumsübertragungserklärung auch nicht einmal gebunden; er haftet nur aus dem Geschäft, kraft dessen er die Eigenthumsübertragung gemacht hat, also ohne Uebergang der Einrede auf die Sondernachfolger. — Consens zu der Eigenthumsübertragung eines Andern verpflichtet wie eigene Eigenthumsübertragung, l. 1 §. 2. 3 D. h. t., l. 7 §. 6 D. pro emt. 41. 4, vgl. l. 49 i. f. D. mand. 17. 1, l. 14 D. de Publ. 6. 2. Ein solcher Consens liegt auch in der Uebernahme einer Bürgschaft für die von einem Andern gemachte Eigenthumsübertragung, l. 11 C. de evict. 8. 45; jedoch soll in diesem Falle die Einrede dem den Bürgen beerbenden Eigenthümer nicht entgegenstehen, l. 31 eod. — Exceptio rei venditae et traditae bei unterlassener Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch? Seuff. Arch. VI. 145 vgl. mit Arndts krit. Ueberschau V S. 93—100.

B. Der Eigenthumsanspruch wegen Eingriffs*.

§. 198.

Unter Eingriff in das Eigenthumsrecht wird hier eine Verletzung des Eigenthumsrechts verstanden, welche nicht in der Entziehung des Besitzes der Sache besteht. Eine solche Verletzung kann positiver Natur sein, indem gegen den Willen des Eigenthümers auf die Sache eingewirkt wird, oder negativer, indem der Eigenthümer in der freien Verfügung über die Sache gehindert wird[1]. Der Anspruch, welcher aus einer Verletzung dieser Art entsteht, ist gerichtet: auf Beseitigung des das Eigenthumsrecht beeinträchtigenden Zustandes (wenn ein solcher durch den Eingriff herbeigeführt worden ist)[2], und zwar durch den Urheber des Eingriffs[3] und auf seine Kosten[4]; ferner auf Ersatz des dem Eigenthümer durch die Schuld des Urhebers des Ein-

---

* Dig. 7. 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV. 6 (1850). H. Pernice commentationes iuris Romani duae, comm. II (1855). H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 12 (1856). Hesse Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn II S. 8 fg. (1861) und Jahrb. f. Dogm. VIII. 4 (1866). Schmid I §. 17, Pagenstecher III S. 182—192. Sintenis I S. 526—530 Vangerow I §. 353.

[1] Beispiele: §. 2 I. de act. 4. 6, l. 8 §. 5 l. 9 pr. i. f. l. 11. 13. 14 pr. §. 1 l. 17 pr. §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 36 D. de S. P. U. 8. 2, l. 29 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 2 D. de arb. caed. 43. 27, l. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 4 §. 7 D. h. t., l. 15 D. de O. N. N. 39. 1. Vgl. Seuff. Arch. X. 18. 169. 259, [XXI. 16. 17. 19]. §. 198.

[2] L. 14 pr. D. si serv. 8. 5: — „agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas". L. 17 §. 2 eod. S. auch die übrigen in der vorigen Note citirten Stellen.

[3] Dieser im Interesse der Kürze gewählte Ausdruck ist nicht ganz genau. Es soll mit demselben nicht bloß der Veranstalter des Eingriffs bezeichnet werden, sondern auch der Besitzer des Grundstücks, auf welchem sich der Eingriff, z. B. der über die Grenze herüberragende Vorbau, befindet.

[4] L. 14 pr. l. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5 und arg. l. 9 C. de serv. 3. 34. Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 97 fg. bestreitet dieß, wenn nicht vorher vom Eigenthümer Einspruch erfolgt sei. S. dagegen die citirten Stellen und Hesse das. S. 433, Stölzel operis novi nunciatio S. 90 fg.

griffs erwachsenen Schadens[5]; endlich kann der Verletzte verlangen, daß ihm durch das richterliche Urtheil Sicherheit gegen Wiederholung der Verletzung verschafft werde[6]. Daß der Gegner sich ein Recht zu seinem Verhalten zuschreibe, ist Voraussetzung des Anspruchs nicht[7], obgleich es naheliegend ist, daß der Gegner es thue; thut er es, so wird natürlich im Processe der Eigenthümer dieser Behauptung entgegentreten, und das Urtheil, welches gesprochen wird, wird, wenn es zu Gunsten des Eigenthümers ausfällt, gesprochen werden auf Grund der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht zustehe[8]. Ein Urtheil

[5] Ungenau ist es, wenn häufig schlechthin gesagt wird, die actio negatoria gehe auf Schadensersatz. Ersatz eines Schadens, auf dessen Ersatz nach allgemeinen Grundsätzen ein Anspruch nicht begründet ist, kann auch mit der actio negatoria, d. h. auf Grund des bloßen Eigenthumsrechts, nicht begehrt werden. Von der andern Seite versteht es sich sowohl für das heutige Recht von selbst, daß, wenn ein Schadensersatzanspruch begründet ist, derselbe nicht in einer besonderen Klage geltend gemacht zu werden braucht, als auch bereits nach römischem Recht die Natur der actio negatoria als actio arbitraria eine besondere Anweisung des Judex auf Berücksichtigung des Schadensersatzanspruches unnöthig machte. Vgl. zu dem Gesagten einerseits l. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 29 D. de S. P. U. 8. 2, andererseits l. 4 §. 2 D. si serv. 8. 5 und arg. l. 5 C. de serv. 3. 34. [Jhering das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 26. 50—51. Seuff. Arch. XXI. 18. 213.]

6 L. 12 D. si serv. 8. 5. „Egi, ius illi non esse, tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat“. L. 7 eod. Statt der römischen Caution tritt heutzutage nach §. 162 des J. R. A. eine Strafdrohung im Urtheil ein. Wetzell Civilproc. §. 46 Note 43. 44.

[7] Dieß wird heutzutage allgemein anerkannt. Vgl. Witte a. a. O. S. 409, Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 78. Seuff. Arch. VIII. 94, X. 18, XVI. 11, vgl. IX. 267.

[8] In diesem Sinne nennen die Quellen die Klage des Eigenthümers wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa, und bezeichnen sie geradezu als Servitutenklage. L. 2 pr. l. 4 §. 7 D. si serv. 8. 5, §. 2 I. de act. 4. 6. L. 2 cit. „De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . tam confessoria, quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat“. S. auch die in Note * citirten Titelrubriken. — Man hat auf Grund dieser Stellen behauptet (Fritz Erläuterungen I S. 365—367, Schmidt a. a. O. S. 170—175, Brinz S. 236. 237, Hesse a. a. O., Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S.

des Inhalts, daß dem Gegner ein Recht zum Eingriff nicht zustehe, kann aber auch begehrt werden, ohne daß ein Eingriff bereits erfolgt ist[9]; so wie andererseits möglicherweise auch dem Besitzer der Sache gegenüber, wenn nämlich derselbe sich für seinen Besitz nicht auf Eigenthumsrecht, sondern auf ein sonstiges Recht beruft, darauf geklagt werden kann, daß ihm dieses Recht nicht zustehe[10]. In dem ersten Falle ist das Urtheil außer der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genom-

255), daß nur ein solches Verhalten die actio negatoria begründe, welches den Inhalt einer Servitut (Hesse fügt hinzu: oder ein servitutähnliches Verhältniß) zu bilden im Stande sei. Dagegen Schmid S. 370. 371, Vangerow I S. 768. 769 (7. Aufl.). Eine mittlere Meinung (Witte S. 409 fg.) verlangt einen Eingriff, welcher möglicherweise auf irgend einem Rechte, dinglichem oder persönlichem, beruhen kann. Man bemerke über diese Frage Folgendes. Beseitigung eines sein Eigenthum verletzenden Zustandes kann der Eigenthümer auf Grund seines Eigenthums gewiß verlangen, mag dieser Zustand den Gegenstand einer Servitut oder überhaupt eines Rechts zu bilden im Stande sein, oder nicht; oder muß er ihn etwa dulden? Ein Antrag dagegen auf einen richterlichen Spruch des Inhalts, daß dem Gegner ein Recht zu dem, was er thut, nicht zustehe, hat Sinn nur unter der Voraussetzung, daß ein Recht dieses Inhalts überhaupt möglich ist. Ob man aber für die Zulässigkeit eines solchen Antrags noch ferner verlangen will, daß das Recht, gegen welches der Antrag sich richtet, eine Servitut sei, hängt ganz davon ab, in welchem Umfange man überhaupt Präjudicialklagen glaubt zulassen zu dürfen: denn in der That handelt es sich hier von einer solchen Klage. Ich für meinen Theil nehme keinen Anstand, mich im Principe (vorbehaltlich richterlichen Ermessens), gegen jene Beschränkung zu erklären, s. §. 45 a. E. Man hat sich in dieser Streitfrage von Seiten der Gegner namentlich auch auf l. 8 §. 6 D. si serv. 8. 5 bezogen. Nach dem zuvor Gesagten könnte immerhin zugegeben werden, daß dieselbe die negatoria ausschließen wolle; sie will aber in der That die confessoria ausschließen, nach dem Gesichtspunkt der l. 5 pr. D. si ususfr. 7. 5 (Note 13). [Seuff. Arch. XXI. 210. 211.]

[9] L. 5 §. 6 (7) D. si ususfr. 7. 6 (Note 11). Seuff. Arch. VIII. 94, IX. 138. 260, XII. 247, XIV. 273, [XX. 105, XXI. 18.]. — Vgl. auch Zimmermann Arch. f. prakt. RW. II S. 311 fg. Die Präjudicialnatur der Klage tritt hier rein hervor. Uebrigens ist der aufgestellte Satz nicht allgemein anerkannt. S. Schmid §. 17 Note 7, Hesse Rechtsverh. S. 19 fg. und Jahrb. S. 105 fg. 122 fg.

[10] So z. B. gegen den besitzenden Nießbraucher, l. 5 §. 6. 7 cit. Die actio negatoria concurrirt in diesem Falle mit der rei vindicatio, vgl. z. B. l. 1 §. 4 D. de superfic. 43. 18.

mene Recht nicht zustehe, keines andern Inhaltes fähig, als etwa der Anordnung von Sicherheitsmaßregeln gegen Beunruhigung des Eigenthümers, während in dem zweiten Fall der fernere Inhalt des Urtheils sich ganz nach den in §. 193 fg. entwickelten Grundsätzen bestimmt[11]. Unter allen Umständen aber ist der Grund des Anspruchs und der Klage das Eigenthumsrecht[12] — auch wenn die Klage auf Nichtdürfen gerichtet ist, nicht das Nichtdürfen des Gegners als solches, sondern sein Nichtdürfen auf Grund des dem Berechtigten zustehenden Eigenthumsrechts[13].

---

[11] L. 5 §. 6 (7) cit. „Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur: sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur. Quid ergo officium iudicis erit, quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus, ne inquietetur“?

[12] Dieß muß um so bestimmter hervorgehoben werden, als die intentio der römischen formula nicht, wie bei der rei vindicatio, auf das klägerische Eigenthumsrecht als solches, sondern direct auf das daraus hergeleitete Nichtdürfen des Beklagten (bez. das Verbietungsrecht des Klägers, oder auch das Dürfen des Klägers gegen den Willen des Beklagten) gestellt war. Vgl. darüber, sowie über die Frage, ob nicht der Ausdruck negatoria actio vielmehr eine formale, als eine materielle Bedeutung gehabt habe (so daß also auch die Klage aus einer negativen Servitut negatoria gewesen wäre, und die Klage des Eigenthümers gegen Verhinderung in der eigenen Verfügung über seine Sache confessoria): Vangerow §. 353 Anm. 1 z. A., Schmidt S. 154—155. 159—163, Pernice p. 134—162, Witte S. 386—408, Keller §. 184, neuerdings Schmidt krit. VJSchr. VII S. 294 fg., auch Jhering Geist des röm. R. III S. 83—85. Ueber die auf das Verbietungsrecht des Klägers gestellte Fassung (actio prohibitoria) s. Zachariae Zeitschr. f. gesch. RW. XII. 8 (1845), Stephan das. XIV. 8 (1848), Schmidt S. 163—169, Pernice p. 162—173, Witte S. 391—393, Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 3 (1866). — Ueber die Frage, ob die actio negatoria auch auf Grund des Miteigenthums gegen den Miteigenthümer erhoben werden kann, s. §. 169a Note 4 a. E.

[13] L. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6. „Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, cum *invito se* negat *ius esse utendi fruendi usufructuario*,

Deßwegen liegt dem Kläger kein anderer Beweis ob, als der Beweis[14] seines Eigenthumsrechts[15]; das Nichtdürfen des Gegners folgt daraus so lange, bis dieser sein Dürfen einredeweise dargethan hat[16].

---

vel *sibi ius esse prohibendi*. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis usufructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant".

[14] Aber auch wirklicher Beweis; es genügt nicht bloße Bescheinigung. Puchta im Rhein. Mus. I S. 165 fg.

[15] Eine noch immer sehr bestrittene Frage, obgleich in der neueren Zeit sich die überwiegende Anzahl der Schriftsteller auf die Seite der hier vertheidigten Meinung gestellt hat, so Puchta §. 172. e, Arndts §. 169 Anm. 4, Vangerow I §. 353 Anm. 2, Sintenis I §. 52 Note 57, Schmid S. 373 fg., Pagenstecher S. 184, Schmidt S. 169, Pernice p. 180 fg., Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV. 2; Seuff. Arch. I 409, VIII. 94, IX. 260, X. 139, XV. 102, XVII. 211, XIX. 19. 125 Nr. II, [XX. 14, XXI. 102]. Die Meinung daß der Kläger außer seinem Eigenthum auch das Nichtrecht des Beklagten beweisen müsse, ist in der neueren Zeit wieder vertheidigt worden von Duroi Arch. f. civ. Pr. XL. 2 (1830, vgl. Seuff. Arch. XIX. 125 Nr. I) und Pape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI. 6 (1842). Eine mittlere Meinung verlangt diesen Beweis vom Kläger in dem Fall, wo der Beklagte im Besitz sei; für dieselbe hat sich in der neuesten Zeit wieder erklärt, (unter sehr lebhafter Bestreitung der ersten) Brinz S. 238—242, s. auch Heise Arch. f. civ. Pr. XL. 2 (1830), Reuter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 2 (1855), und vgl. Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 140—145; dafür auch Seuff. Arch. I. 17. 18, II. 142, XV. 102 Nr. IV. Noch eine andere Mittelmeinung bei Glück X S. 254 fg.

[16] Es ist nicht richtig, zu sagen, daß für die Unbeschränktheit des Eigenthums eine Präsumtion spreche, als wenn es statistisch feststände, daß es mehr unbeschränkte, als beschränkte Eigenthumsrechte gebe. Aber es ist richtig, zu sagen, daß das Eigenthumsrecht als solches die Befugniß zum Ausschluß eines jeden fremden Willens in Betreff der Sache in sich trägt. Damit ist, wie mir scheint, die Frage erledigt. Jedenfalls müßten gegen diese Instanz bessere Argumente beigebracht werden, als sich aus l. 15 D. de O. N. N. 39. 1, l. 5 §. 10 D. eod., l. 45 D. de damno inf. 39. 2 entnehmen lassen, aus welchen Stellen allerdings hervorgeht, daß der Negatorienkläger beweisen, nicht aber, daß er das Nichtrecht des Beklagten beweisen muß, oder aus l. 8 §. 3 D. si serv. 8. 5, welche nur sagen will, welche der beiden bei einem Streit über eine Servitut sich gegenüberstehenden Personen als Kläger aufzutreten Veranlassung, aber nicht, was eine jede von ihnen zu beweisen die Pflicht habe. Vgl. auch l. 5 pr. D. si usufr., welche aus der negatoria actio alles „agere de alieno iure" ausschließt, ferner l. 7 D, de aqua 43. 20, l. 10 C. de pign. act. 4. 24.

Der Anspruch des redlichen Erwerbers*.

§. 199.

Gleiches Recht, wie das Eigenthum gegen Jedermann, gewährt der redliche Erwerb einer Sache, wenn er auch nicht zum Eigenthum geführt hat, gegen denjenigen, welcher nicht wenigstens gleich viel für sich anführen kann[1]. In den Quellen ist das zwar ausdrücklich nur für den Anspruch wegen Vorenthaltung gesagt[2]; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß es in ihrem Sinne auch für den Anspruch wegen Eingriffs behauptet werden muß[3]. Die näheren Grundsätze sind folgende.

1) Unter redlichem Erwerb wird hier dasselbe verstanden, wie in der Lehre von der Ersitzung (§. 176—179). Es ist also erforderlich eines Theils der gute Glaube, daß man befugt sei, sich die Sache anzueignen[4], andern Theils, daß dieser gute Glaube

---

* Dig. 6. 2 de Publiciana in rem actione. — Obrock de Publiciana in rem actione (1843). Gesterding S. 381—399, Schmid I §. 16, Pagenstecher III S. 193—207. Glück VIII S. 311 fg., Sintenis I §. 53, Vangerow I §. 335.

§. 199. [1] Vgl. Deurer über den Schutz des relativ besseren Rechts in Jahrb. f. Dogm. I. 5 (1857), Sintenis I §. 53 Note 8, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 8—21 gegen Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts §. 3, Ziebarth die Realexecution und die Obligation. S. 109. Ueber den viel weiter gehenden Anspruch, welchen diese beiden letzteren Schriftsteller dem römischen Anspruch aus redlichem Erwerb für das heutige Recht substituiren wollen, s. §. 162 Note 11. Doch hält Delbrück (§. 66) den Gedanken der Publiciana in sofern aufrecht, als er den Kläger aus titulirten Besitz auch über den älteren (nicht titulirten) Besitzer siegen läßt, während Ziebarth S. 279 fg. auch dieses bestreitet.

[2] S. §. 4 I. de act. 4. 6. Der Satz ist prätorischen Ursprungs; die durch das prätorische Edict gewährte actio ist die Publiciana in rem actio. Von der Publiciana actio heißt es: „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit" (l. 7 §. 6 D. h. t.), und: „in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus" (l. 7 §. 8 eod.).

[3] Dieß wird nach dem Vorgang von Puchta Rhein. Mus. I S. 182 fg. jetzt allgemein anerkannt. Vgl. Ihering Abhandlungen S. 107, Pernice Commentationes duae p. 196 fg., H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XIV. S. 157 fg., Vangerow I §. 354 Anm. und die übrigen das. Citirten; Seuff. Arch. XIV. 209.

[4] L. 7 §. 11—17 D. h. t., l. 28 D. de nox. act. 9. 4.

in den vorliegenden Thatsachen seine Rechtfertigung finde. Dieses Letztere setzt auch hier, wie bei der Ersitzung, regelmäßig das wirkliche Vorhandensein einer Eigenthumserwerbthatsache voraus[5]; aber nothwendig ist das Vorhandensein einer Eigenthumserwerbthatsache auch hier nicht[6]. Fortdauer des guten Glaubens verlangt das römische Recht hier so wenig, wie bei der Ersitzung[7]; auf Grund des canonischen Rechts aber ist für das heutige Recht hier in gleicher Weise, wie bei der Ersitzung, das Gegentheil zu behaupten[8].

---

[5] Das Edict verlangte eine specielle Erwerbthatsache, Tradition (l. 1 pr. D. h. t.); vielleicht sprach es sogar, wenigstens ursprünglich, nur vom Kauf (l. 7 §. 11 D. h. t.). Aber die Interpretation der Juristen erkannte an: „quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio" (l. 13 pr. D. h. t.). Nähere Ausführung in l. 1 §. 1 — l. 7 §. 5 l. 12 pr. §. 1 D. h. t. — Beim Kaufe ist Zahlung des Kaufpreises hier nicht erforderlich, l. 8 D. h. t. — Für den Fall des Kaufs von einem Wahnsinnigen wird die Publiciana actio gestattet in l. 7 §. 2 D. h. t., abgesprochen in l. 2 §. 16 D. pro emt. 41. 4. Eine Vereinigung ist möglich durch die Beschränkung der letzteren Stelle auf den Fall, wo der Erwerber gegen den Wahnsinnigen selbst auftritt (dessen exceptio dominii durch keine replicatio rei venditae et traditae zurückgeschlagen werden kann); jedenfalls führt, wenn ein Widerspruch angenommen wird, die Rechtsconsequenz zu der Entscheidung der ersten Stelle. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. c, Schmid §. 16 Note 11. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 13 (1860) will jetzt die l. 2 §. 10 cit. von dem Ausschluß der rescissoria Publiciana actio (§. 5 I. de act. 4. 6, l. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7) verstehen, welche „auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und Aufhebung der in Abwesenheit des früheren Besitzers erfolgten Verjährung" gerichtet sei, bekanntlich aber wegfalle, „wenn das verloren gegangene Recht nach dem strengen Recht ungültig war". [Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 275 fg.]

[6] Auch hier genügt ein s. g. putativer Titel. Das wird weniger durch die gewöhnlich dafür angeführten Stellen bewiesen (l. 5 D. h. t. spricht von einer wirklichen Tradition auf irrigen Beweggrund hin, in den Fällen der l. 7 §. 4 l. 13 §. 2 D. h. t. ist immerhin die äußere Erscheinung eines Titels vorhanden), als durch die Analogie der Ersitzung. Vgl. Seuff. Arch. VI. 150.

[7] L. 7 §. 12. 14 D. h. t. Zu l. 11 §. 3 eod. vgl. l. 4 D. pro suo 41. 10 und Vangerow a. a. O. II Nr. 1. d, Arndts §. 170 Anm. 2.

[8] Die Vorschrift des canonischen Rechts (§. 177 Note 4) bezieht sich zwar nur auf die Ersitzung; aber wenn das unredliche Bewußtsein ein Hin-

2) Daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei, ist nicht nothwendig; Besitzerlangung ist Erforderniß des dem redlichen Erwerber gewährten Schutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandtheil der Erwerbthatsache ist, auf welche er sich beruft[9].

3) Dagegen entlehnt der Schutz des redlichen Erwerbes von der Ersitzung das Erforderniß der Ersitzbarkeit der Sache[10]; bei Sachen, welche der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, ist auch er ausgeschlossen[11].

4) Der redliche Erwerb hilft nicht demjenigen Besitzer gegenüber, der besseres oder gleiches Recht hat. Besseres Recht hat der Eigenthümer[12]; gleiches Recht hat derjenige, welcher ebenfalls

---

derniß des Eigenthumserwerbes ist, so muß es auch ein Hinderniß der Abforderung der Sache wie einer eigenen sein. Viele sind jedoch entgegengesetzter Meinung; vgl. Schmid §. 16 Note 18, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. d. a. E.

[9] L. 1 §. 2 l. 11 §. 2 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t. A. M. Sintenis I §. 53 Anm. 11, Pagenstecher III S. 196—198, Keller S. 292. Die Beschränkung, welche Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. a hinzugefügt, daß wenigstens der Rechtsurheber im Besitz der Sache gewesen sein müsse, hat in den Quellen ebensowenig Anhalt, wie die von Schmid I S. 361 behauptete, daß der Rechtsurheber auch seinerseits redlicher Erwerber gewesen sein müsse. S. auch die folgende Note.

[10] Die formula der actio Publiciana war nicht auf redlichen Erwerb, sondern auf die Voraussetzungen der Ersitzung gestellt („si quem hominem A^s A^s emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret", Gai. IV. 36). Besitz des Klägers (s. die vorige Note), wo die angerufene Erwerbthatsache ihn nicht erforderte, wurde durch diese Fassung der intentio nicht verlangt.

[11] L. 9 §. 5 D. h. t. „Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet". L. 12 §. 4 h. t. L. 12 §. 2 h. t. ist von der Ersitzung des vectigalischen Rechts zu verstehen (vgl. §. 182 Note 5). — Ueber die Meinung, daß es nach Justinianischem Recht nicht auf die ordentliche, sondern auf die außerordentliche Ersitzung ankomme (Obrock p. 58 sqq., Sintenis I §. 53 Note 15), s. Schmid §. 16 Note 6, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. b; über eine von Andern behauptete Einschränkung des fraglichen Satzes Vangerow das. und Schmid Note 7.

[12] Gegen den Publicianischen Anspruch gilt die Einrede des Eigenthums, l. 16. 17 D. h. t. Natürlich kann sich aber der redliche Erwerber gegen diese Einrede seinerseits wieder vertheidigen, vgl. l. 4 §. 32 D. de exc. doli 44. 4,

in redlicher Weise erworben hat. Jedoch ist in diesem letzteren Falle zu unterscheiden, ob die streitenden Parteien sich auf den gleichen Rechtsurheber berufen, oder jede auf einen verschiedenen: in dem ersten Falle geht nicht der gegenwärtige Besitzer vor, sondern der erste Erwerber[13].

---

l. 24 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 57 D. mand. 17. 1. (L. 57 cit. „Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constat. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit: sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non [in]utiliter acturum, quum exceptio iusti dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno". Die Stelle ist von einer Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit zu verstehen, und vor „causa cognita" ein „tantum" hinzuzudenken: die Lesart „inutiliter" hat die Autorität der Griechen für sich, und ist auch von Mommsen in den Text aufgenommen worden. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II. 2. a; und namentlich Savigny VII Beil. XIX.)

[13] So l. 9 §. 4 D. h. t. Widersprechend l. 31 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. Nach dieser Stelle soll auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerber vorgehen. (Vereinigungsversuche: sie sage nicht, daß der erste Erwerber auch als Kläger immer siege, Vangerow a. a. O. Nr. II. 2. b; sie spreche nur von dem Verhältnisse der redlichen Erwerber gegen Dritte, Schmid I S. 364 fg., Savigny VII S. 308 Note m; vgl. auch Huschke Zeitschrift f. Civ. u. Pr. XX S. 187—189.) Die Entscheidung der l. 9 §. 4 ist vorzuziehen, weil sie der Rechtsconsequenz entspricht. Bei Gleichheit der Rechtsurheber muß der Publiciana die exceptio rei (venditae et) traditae nicht minder entgegenstehen, wie der rei vindicatio (vgl. Schliemann Lehre vom Zwange S. 165—178); aber es ist kein Grund ersichtlich, weßwegen auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerb besseres Recht begründen sollte. Vgl. Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 19—21.

Fünftes Kapitel.

Die Dienstbarkeiten*.

I. Begriff**.

§. 200

Die Dienstbarkeiten sind Rechte an fremder Sache, d. h. dingliche Rechte, welche die Sache, an der sie stattfinden, nicht in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, sondern nur in einer einzelnen Beziehung, oder mehreren einzelnen ihrer Beziehungen, erfassen (§. 145. 167). Die Dienstbarkeiten sind aber nicht die einzigen Rechte an fremder Sache[1]; neben ihnen stehen das Pfandrecht, die Emphyteusis und die Superficies. Von dem Pfandrecht unterscheiden sie sich, abgesehen von der unselbständigen

* Luden die Lehre von den Servituten (1837). E. Hoffmann die Lehre von den Servituten nach röm. Recht. 2 Bde. (1838. 1843). R. Elvers die römische Servitutenlehre (1854. 1856; vgl. über diese Schrift Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 227—268, Arndts krit. Ueberschau II S. 161—165). O. Schönemann die Servituten (1866). Glück IX. X S. 1—268.

** Elvers §. 4. 5, Böcking II §. 160. 161, Sintenis I §. 57, Vangerow I §. 338.

§. 200 [1] Es gab eine Zeit im römischen Recht, in welcher die Dienstbarkeiten allerdings die einzigen Rechte an fremder Sache waren. Sie allein unter den Rechten an fremder Sache gehören dem Civilrechte an; alle andern sind prätorischen Ursprungs. Aus dieser Zeit stammt auch ihre Bezeichnung als servitutes. Servitus bezeichnet zunächst den Zustand der Unfreiheit der Sache, dann auch das Recht, kraft dessen dieser Zustand stattfindet. Als unfrei aber wird gedacht diejenige Sache, welche einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer, wie der Mensch unfrei ist, welcher überhaupt dient. (Wie der Mensch sich in einem nicht naturgemäßen Zustand befindet, wenn er überhaupt dient, so die Sache, wenn sie einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer.) Der Ausdruck paßt also an und für sich auf jedes Recht an fremder Sache; aber es war natürlich, daß, als sich neben den Rechten an fremder Sache, welche bis dahin allein bestanden hatten, neue bildeten, diese letzteren besondere Namen erhielten, und so der Ausdruck für jene ersteren technisch wurde. Ebensowenig darf man sich jedoch darüber wundern, daß der Ausdruck servitus vereinzelt auch auf diese neuen Rechte angewendet worden ist, so z. B. in l. 86 §. 4 D. de leg. I° 30 auf die Superficies, vgl. auch l. 1 §. 22 D. de aqua et aquae 39. 4. Der deutsche Ausdruck Dienstbarkeit entspricht dem römischen Ausdruck servitus in jeder Beziehung.

Natur des letzteren, dadurch, daß der hauptsächliche Inhalt des Pfandrechts in der Befugniß zur Aneignung des Vermögenswerthes der Sache besteht, während die Dienstbarkeiten die Substanz der Sache unberührt lassen[2]; von Emphyteusis und Superficies unterscheiden sie sich dadurch, daß diese letzteren Rechte das Eigenthumsrecht in einem Umfange beschränken, wodurch dasselbe fast aufgehoben wird, während die Dienstbarkeiten auf dem Principe beruhen, daß das Eigenthumsrecht ihnen gegenüber immer die Hauptsache ist, sie dem Eigenthumsrechte untergeordnet bleiben[3].

---

[2] Dieß ist es, was man meint, wenn man die Dienstbarkeiten Gebrauchs- oder Nutzungsrecht nennt.

[3] Ueber den Werth dieses Principes s. Keller S. 317. 318. Vgl. auch Böcking II S. 198. 199, welcher so weit geht, den Unterschied zwischen den Dienstbarkeiten einerseits, und der Emphyteusis und Superficies auf der andern Seite für einen nicht bloß quantitativen, sondern qualitativen zu erklären. — Man nimmt in die Definition der Dienstbarkeiten wohl das Moment auf, daß sie untrennbar an eine bestimmte Person oder ein bestimmtes Grundstück geknüpft seien. Aber dieß ist, was die persönlichen Dienstbarkeiten angeht, nur eine Consequenz des im Text bezeichneten allgemeinen Princips; für die Grunddienstbarkeiten beruht es darauf, daß der einmal festgestellte Inhalt eines Rechts nicht willkürlich geändert werden darf (§. 209 Num. 1. 5). [Wächter das Superficiar- oder Platzrecht S. 201 fg.] — Ueberhaupt ist über die richtige Bestimmung des Begriffs der Dienstbarkeiten viel verhandelt und gestritten worden, und wird noch immer verhandelt und gestritten. Duroi (Arch. f. civ. Pr. VI S. 278 fg. [1823], vgl. Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 10—12) sieht in der Dienstbarkeit ein Eigenthumsrecht, Eigenthumsrecht an einer unkörperlichen Sache, was ausführlich durch Puchta Rhein. Mus. I S. 286 fg. (1827) widerlegt worden ist, vgl. auch Vangerow a. a. O. Anm. 1 (S. 688 der 7. Aufl.). Eine gewisse Verwandtschaft mit dieser Ansicht hat die von einem neueren Bearbeiter der Lehre, Elvers, aufgestellte Ansicht (a. a. O. S. 29—52), wonach die Dienstbarkeit ebenfalls ein Recht (dominium) an einer juristisch fingirten Sache sein soll, nämlich an einer als selbständige Sache gedachten Eigenschaft einer körperlichen Sache. Und ähnlich lehrt jetzt auch Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 57 fg. vgl. S. 108. 132, [übrigens nicht bloß für Dienstbarkeiten, sondern für alle Rechte an fremder Sache, dieselben seien nicht Rechte an der Sache, sondern an der bestimmten, als besonderes sachliches Gut ausgeschiedenen „Brauchlichkeit" der Sache, oder nach römischer Auffassung, welche die Thatsache und das Recht auf die Thatsache identificire, das bestimmte Gebrauchen- oder Benützen-Dürfen selbst. [Siebenhaar Correalobligationen S. 153. 193. 194.] — Sehr verbreitet ist die, bei den

Aus dem Begriff der Dienstbarkeit als eines Rechts an der Sache folgt, daß ihr Inhalt nicht eine dem Berechtigten zu machende Leistung sein kann (darüber das Nähere im folgenden §.); aus ihrem Begriff als eines Rechts an fremder Sache

---

verschiedenen Schriftstellern freilich noch in verschiedenen Modificationen auftretende, Ansicht, die Dienstbarkeiten seien Eigenthumsbestandtheile, Eigenthumselemente, welche aus dem Eigenthumsrechte dem Rechte oder der Ausübung nach ausgeschieden, losgelöst, in dieser Ausscheidung und Loslösung zu selbständigen Rechten geworden seien (Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 7—12 [1834]. II. 2 S. 273—276 [1839]. 2. Aufl. I S. 439 fg. [1846], Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 241—255 [1845], Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 250 fg. [1847], Vangerow a. a. O. Anm. 1). Ich muß mich auch gegen diese Auffassung erklären. So wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigenthumsbestandtheile sind, so wenig sind sie aus Eigenthumsbestandtheilen gebildet. Die Vertheidiger dieser Ansicht scheinen allein, oder doch vorzugsweise, den Fall im Auge zu haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigenthümer bestellt worden ist. Allein selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit zwar kraft des Eigenthums begründet, aber immer noch nicht neugebildetes Eigenthumselement; sie ist durch die ununterschiedene im Eigenthumsrecht liegende Macht geschaffen, nicht aber z. B. der Nießbrauch kraft des Gebrauchs- und Fruchtgenußrechts des Eigenthümers, die Wegegerechtigkeit kraft des Rechts des Eigenthümers zu gehen &c. Beruht aber die Dienstbarkeit nicht auf der Bestellung des Eigenthümers, sondern auf Ersitzung, richterlicher Verfügung oder Gesetz, so fehlt selbst für die so gefaßte Zurückführung der Dienstbarkeit auf das Eigenthum jeder Anhalt. Vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 237—244, Wirth die libertatis usucapio (1854) S. 40—51, Brinz S. 258. 259, Böcking §. 159 Note 7, Dernburg Pfandr. I S. 126—128, Schönemann S. 17—23, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 15 fg. Man hat sich für die hier verworfene Ansicht auch auf Quellenzeugnisse berufen, namentlich auf l. 5 §. 9 D. de O. N. N. 39. 1, wo es von dem Besteller einer Grunddienstbarkeit heißt: „ius suum deminuit, alterius auxit" — als wenn nicht auch dadurch das Eigenthumsrecht ein ius deminutum wäre, daß für die Sache ein anderer Wille als der des Eigenthümers maßgebend ist, — ferner auf Stellen, in denen gesagt wird, daß „ususfructus in multis casibus pars dominii est" (l. 4 D. de usufr. 7. 1), „fructus portionis instar obtinet" (l. 76 §. 2 D. de leg. II° 30), ohne zu bedenken, daß diese Stellen, wenn man sie beim Worte nehmen wollte, beweisen würden, daß der Nießbrauch auch nach seiner Begründung pars dominii sei. Dieselben wollen in der That nur sagen, daß der Nießbrauch als die weitest gehende unter allen Dienstbarkeiten, in dieser oder jener Beziehung behandelt werde, als handle es sich um ein Stück Eigenthum (vgl. namentlich l. 76 §. 2 l. 66 §. 6 D. de leg. II° 31, l. 70

folgt, daß Niemand an seiner eigenen Sache eine Dienstbarkeit haben kann[4].

Der Begriff der Dienstbarkeit ist, wie der des Besitzes, von Sachen auf Rechte übertragen worden, jedoch nur in beschränktem Maße; Rechte können nicht den Gegenstand einer jeden Dienstbarkeit, sondern nur den Gegenstand des Nießbrauchs bilden[5].

---

§. 2 D. de fidei. 46. 1); in anderen Stellen heißt es denn auch gerade umgekehrt, der Nießbrauch sei nicht „dominii pars, sed servitu(ti)s" (l. 25 pr. D. de V. S. 50. 16), „in iure non in parte consistit" (l. 66 §. 6 D. de leg. II° 30), „in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit" (l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1, s. auch l. 13 §. 2 D. de accept. 46. 4). Beim Wort genommen hat jene Stellen Bachofen römisches Pfandrecht I S. 97 fg. Nach ihm ist der Nießbrauch wirklich auch nach seiner Begründung ein Stück des Eigenthums, „das eine Eigenthumsrecht wird statt von einer Person von zweien ausgeübt". Vgl. auch §. 209 Note 2. — Eine andere hierher gehörige Frage ist: gehört zur Definition der Dienstbarkeit das Moment der Eigenthumsbeschränkung? Antwort: nein; die Eigenthumsbeschränkung ist eine Wirkung der Dienstbarkeit, aber die Dienstbarkeit besteht nicht in der Eigenthumsbeschränkung. Sie ist einfach ein Recht des Nichteigenthümers. Vgl. §. 201 Note 1.

[4] „Nulli res sua servit", l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, vgl. l. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6. Elvers §. 14. Der Eigenthümer hat als solcher jedes Recht, welches möglicher Weise den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann; aber er hat es nicht als Dienstbarkeit, sondern als Stück seines Eigenthums l. 63 D. de usufr. 7. 1: — „qui fundum habet, . . usumfructum non [habet])". Es gilt also dafür auch nicht das Recht der Dienstbarkeiten. Vgl. l. 26 pr. D. de usu et usufr. 33. 2, l. 36 §. 1 D. de usufr. 7. 1. [Seuff. Arch. XXII. 19. 416.]

[5] S. §. 206 zweiter Absatz. Insofern ist auch der Satz der Quellen: „servitus servitutis esse non potest" (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 33 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3) nicht vollständig richtig. S. daselbst. — Andere erklären den Satz servitus servitutis esse non potest statt aus der Unkörperlichkeit, aus der Unveräußerlichkeit der Dienstbarkeiten, so Büchel civilr. Erörterungen I. 3 S. 12—13 und 2. Ausg. S. 423—425, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3, Elvers S. 224. Vgl. noch Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 259. 260.

II. Arten*.

§. 201.

1) Ihrem Inhalte nach sind die Dienstbarkeiten entweder positive (affirmative), oder negative. Positiv sind diejenigen, kraft deren der Berechtigte in positiver Richtung, negativ diejenigen kraft deren der Berechtigte in negativer Richtung seinen Willen für die Sache geltend machen kann. Die positiven Dienstbarkeiten berechtigen den Berechtigten zu einem Thun, und verpflichten dem Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Leiden; die negativen berechtigen den Berechtigten zu einem Verbieten, und verpflichten den Eigenthümer zu einem Nichtthun[1]. Dienstbarkeiten, welche den Eigenthümer zu einem Thun verpflichteten, also den Berechtigten zu einem Fordern berechtigten, kann es dem Begriffe der Dienstbarkeit nach nicht geben[2]; ein Recht dieser Art, ist kein Recht an der Sache, sondern ein Recht gegen die Person[3].

---

* Elvers §. 4. 6. 10—12, Böcking II §. 160. 161, Sintenis I §. 58 Vangerow I §. 339.

§. 201. [1] L. 15 §. 1. D. de serv. 8. 1 (Note 2) bezeichnet als „servitutium natura“, daß Jemand „aliquid patiatur aut non faciat“. Die im Texte hervorgehobene Beziehung der Dienstbarkeit auf den Eigenthümer der dienenden Sache darf nicht als Beschränkung gefaßt werden. Die Dienstbarkeit gewährt die Befugniß, welche sie gewährt, nicht bloß gegen den Eigenthümer, sondern in gleicher Weise auch gegen jeden Dritten; das Verhältniß des Berechtigten zum Eigenthümer wird nur deßwegen besonders betont, weil dieser als solcher ein entgegenstehendes Recht hat, welches eben durch die Dienstbarkeit überwunden wird. Die entgegengesetzte Meinung, daß die Beziehung auf den Eigenthümer dem Begriffe der Dienstbarkeit wesentlich sei, vertheidigt mit Lebhaftigkeit Böcking II §. 159 Note 7. §. 160. d.

[2] L. 15 §. 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat“. L. 6 §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 12 D. de ann. leg. 33. 1.

[3] Der Wille des Berechtigten ist nicht für die Sache entscheidend, sondern für die Person des jeweiligen Eigenthümers. Es kann aber ein solches obligatorisches Recht mit einer Dienstbarkeit sehr wohl in der Weise verbunden sein, daß durch die Dienstbarkeit auch es ohne Weiteres begründet ist; dieß findet z. B. Statt bei der servitus oneris ferendi. S. unten §. 211a Note 3.

2) Wichtiger ist die Eintheilung der Dienstbarkeiten in persönliche und Grunddienstbarkeiten[4]. Persönliche Dienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen einer Person, Grunddienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen eines Grundstücks Genüge zu leisten. Bei den Grunddienstbarkeiten wird das Grundstück, dessen Interessen sie dienen, geradezu als das berechtigte Subject bezeichnet[5]. Jedoch ist diese Bezeichnungsweise nicht der richtige Ausdruck des stattfindenden Rechtsverhältnisses; es ist bei den Grunddienstbarkeiten nicht etwa das Grundstück zur juristischen Person erhoben, sondern der zur Dienstbarkeit Berechtigte ist kein Anderer, als der jedesmalige Eigenthümer des Grundstücks[6]. — Das Princip des nothwendigen

---

Vgl. über den ganzen Satz Vangerow I §. 338 Anm. 2 Nr. 1, Elvers §. 6, Böcking §. 160. e—h. Seuff. Arch. XVII. 8; XVIII. 15, XIX. 18.

[4] L. 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum". L. 4 D. de S. P. R. 8. 3: — „praedii magis quam personae videtur". L. 20 i. f. eod.: — „ius non hominis sed praedii est". L. 15 pr. D. de serv. 8. 1: „hominum — praediorum servitutes". L. 8. §. 3 D. de lib. leg. 34. 3: „personalis servitus". Die Grunddienstbarkeiten werden vorzugsweise servitutes genannt, und ihnen als servitutes die persönlichen Dienstbarkeiten durch specielle Bezeichnung ihres Inhalts entgegengesetzt. Vgl. z. B. §. 3 I. de reb. incorp. 2. 2. „Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum, quae etiam servitutes vocantur". L. 9 §. 7 D. quod met. causa 4. 2: — „si ususfructus vel servitutes amissae sunt". L. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3. Deutlich tritt dieser Sprachgebrauch auch in den Rubriken von Inst. III. 3—5, Dig. VII. VIII. XXXIII. 2. 3, Cod. III. 33. 34 hervor. [Vgl. noch Seuff. Arch. XXIII. 112.]

[5] Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen, und die sehr geläufigen Redeweisen: servitus praedio debetur, fundus fundo servit und ähnliche (z. B. l. 23 §. 2. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 140 i. f. D. de V. O. 45. 1, l. 12 D. de serv. 8. 1, l. 31 D. de S. P. R. 8. 3), ius praedii, fundi (z. B. l. 1 §. 1 D. de D. R. 1. 8, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 20 §. 3 D. de S. P. U. 8. 3, l. 15 D. de pign. act. 13. 7). In gleicher Weise sagen wir heutzutage: herrschendes Grundstück.

[6] Der Hauptvertheidiger der entgegengesetzten Ansicht ist Böcking. Vgl. §. 57 Note 10; hinzuzufügen zu den dort Citirten (gegen die Personification des Grundstücks) Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 548 fg. Ein Gegengrund gegen die hier vertheidigte Ansicht liegt auch nicht, wie Elvers S. 100. 101 glaubt (vgl. Böcking §. 161 Note 12), in dem Satze, daß der Verlust

Ueberwiegens des Eigenthums ist bei den persönlichen Dienstbarkeiten durch die Beschränkung ihrer Dauer gewahrt; sie dauern nur so lange, wie das Leben des Berechtigten, gehen nicht auf seine Erben über[7]. Bei den Grunddienstbarkeiten ist dieses Princip dadurch gewahrt, daß dieselben nur an Grundstücken stattfinden können[8], und die Nutzkraft eines Grundstücks durch die Interessen eines andern Grundstücks nie in einer das Eigenthum absorbirenden Weise in Anspruch genommen wird.

3) Endlich werden die Dienstbarkeiten noch eingetheilt in ständige und nicht ständige Dienstbarkeiten[9], jenachdem ihre Ausübung eine ständige oder nicht ständige ist[10]. —

---

der Dienstbarkeit wegen Nichtausübung auch durch die Ausübung von Seiten des Nichteigenthümers des herrschenden Grundstücks, ja selbst des unredlichen Besitzers, ausgeschlossen wird, l. 12 D. quemadm. serv. 8. 6. Elvers denkt sich diese Ausübung deßwegen wirksam, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschehe. Keineswegs; sie ist die Ausübung eines an das Grundstück geknüpften Rechts. Daß sie von dem Unberechtigten geschehen ist, schadet hier so wenig, wie dieß bei der persönlichen Dienstbarkeit schadet. Man nehme an, der unrichtige Vermächtnißnehmer, welcher auch weiß, daß ein Anderer der richtige sei, übe den vermachten Nießbrauch aus: auch hier wird dem wahren Nießbraucher seine Nichtausübung keinen Eintrag thun. Es kommt nur darauf an, daß gerade diejenige Dienstbarkeit ausgeübt sei, um welche es sich handelt. Vgl. §. 216 Note 4.

[7] S. §. 202 Note 4. Vgl. l. 3 §. 2. 3 D. de usufr. 7. 1. §. 2 cit. „Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti". Freilich ist später die Möglichkeit auch des Gegentheils anerkannt worden, s. §. 215 Note 7.

[8] S. §. 209 Note 4.

[9] Servitutes continuae — discontinuae. Diese Ausdrücke sind nicht quellenmäßig, vgl. aber l. 14 pr. D. de serv. 8. 1. Ueber die Sache s. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 114—116, Randa der Besitz nach österreich. Recht S. 300. 309—311.

[10] D. h. jenachdem ihre Ausübung in der Herbeiführung eines dauernden Zustandes, oder in einzelnen unterbrochenen Handlungen besteht. Von der ersteren Art sind alle negativen Dienstbarkeiten, sodann alle positiven, welche mit Detention der dienenden Sache verbunden sind, aber auch z. B. die serv. tigni immittendi, stillicidii ꝛc. Von der letzteren Art sind z. B. die Wegegerechtigkeiten. (Auch die Wasserleitungsgerechtigkeit? Man unterscheide zwischen dem Recht auf Benützung des fremden Wassers, und dem Recht zum Haben einer wasserleitenden Vorrichtung auf dem fremden Grundstück

Im Folgenden soll von der einzelnen Dienstbarkeit mit Zugrundlegung der zweiten der genannten Unterscheidungen gehandelt werden.

III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.

A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.

1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt.

§. 202.

Der Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit kann Alles bilden, was der Person des Berechtigten von Werth ist. Die umfassendste persönliche Dienstbarkeit ist der Nießbrauch; sie geht auf allen Nutzen, welchen die Sache gewährt, durch ihre Früchte oder durch ihren Gebrauch. Aber auch der bloße Fruchtgenuß und der bloße Gebrauch können den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden[1]; ebenso einzelne Seiten des Fruchtgenusses, und einzelne

---

[§. 211 Note 6]. Vgl. Vangerow I §. 339 Anm. Nr. II. 1, Randa a. a. O. Note 24.) — Uebrigens ist die Auffassung Pfeiffer's a. a. O. nicht ganz übereinstimmend mit dem hier Gesagten. Nach seiner Darstellung fallen unter den Begriff der servitutes continuae auch solche Dienstbarkeiten, deren Ausübung in unterbrochenen Handlungen besteht, wenn nur diese Ausübung eine der Zeit und dem Gegenstande nach im Voraus bestimmte ist.

[1] Dieß ist jedoch, was den bloßen Fruchtgenuß angeht, bestritten. Mit §. 202.
Unrecht; warum sollte nicht der Gebrauchsnutzen der Sache dem Einen zustehen können, der Fruchtnutzen einem Andern? Daß dieß in der Weise möglich ist, daß der Eigenthümer den Fruchtnutzen hat, ein Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, leugnet Niemand; es ist nicht abzusehen, warum es nicht auch in der Weise möglich sein sollte, daß der Eigenthümer den Gebrauchsnutzen hat, ein Nichteigenthümer den Fruchtnutzen, oder der eine Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, der andere den Fruchtnutzen. So heißt es auch in l. 14 §. 3 D. de usu 7. 8: „Poterit . . apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas“. S. auch l. 5 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 13 §. 3 D. de accept. 46. 4 (in welcher Stelle nichts geändert zu werden braucht; der Jurist erklärt die acceptilatio usus für gültig, weil der usus im ususfructus etwas für sich Bestehendes sei, anders als das Fruchtgenußrecht des Eigenthümers im Eigenthum, das Baumaterial im Hause, §. 2 eod.). Allerdings ist es ganz richtig, daß Fruchtgenuß ohne ein gewisses Maß des Gebrauchens nicht möglich ist (l. 42 pr. D. de usufr. 7. 1: „fruendi causa et usum habebit“): hält man dieß fest, und

Seiten des Gebrauches[2]. Eine besondere Theorie stellt jedoch das römische Recht nur für den Nießbrauch und das Gebrauchsrecht auf: der Grund davon ist, weil für das bloße Fruchtgenußrecht keine anderen Grundsätze gelten, als für das im Nießbrauch

bedenkt ferner, daß der römische Ausdruck fructus nicht bloß den engeren Sinn hat, in welchem er bloß den Fruchtnutzen bezeichnet, sondern auch einen weiteren, in welchem er auf den gesammten Nutzen der Sache geht, also den Gebrauchsnutzen mit umfaßt (§. 203 Note 4), so erklären sich vollständig die scheinbar entgegenstehenden Stellen l. 14 §. 1. 2 D. de usu 7. 8, Paul. S. R. III. 6 §. 24. 25. Literatur dieser Frage: Löhr Magaz. für RW. und Gesetzg. III S. 498—504 (1820), Puchta civil. Abhandl. S. 221 fg. (kl. civil. Schriften S. 102 fg., — 1823), Loebell de usu et fructu §. 4 (1834), Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XV. 5 (1850), Brinz notamina ad usumfructum §. 5 (1839), Vangerow I §. 348 Anm., Bechmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach röm. R. §. 36 (1861), und dazu Scheurl krit. VJSchr. III S. 306—309.

2 Wie z. B. auf Wasserbezug, Weide, Gehen ꝛc. L. 32 D. de usufr. 7. 1, l. 4. 6 pr. l. 37 D. de S. P. R. 8. 3, l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 6 D. de serv. leg. 33. 3, l. 14 §. 3 D. de alim. leg. 34. 1 (in welcher letzteren Stelle, wenn sie nicht mit den andern angeführten Stellen in Widerspruch stehen soll, gelesen werden muß: „personae tamen ei*us*, qui vicinus non est, *non* inutiliter (oder *utiliter*) relinquitur", vgl. über die verschiedenen Erklärungen Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV S. 390 fg., Zachariä von Lingenthal das. XXVII S. 38 fg., Fuchs Arch. f. prakt. RW. IV S. 313 fg., Vangerow I §. 339 Anm. Nr. I, Böcking II S. 221—223, Arndts §. 177 Anm. 2, Cohnfeldt in der am Ende dieser Note citirten Schrift S. 70—77 [der Letztere will den ganzen Passus von „nam et haustus aquae" bis „utendi" als Glossen hinauswerfen], Schönemann S. 99 fg. [welcher in den Worten „qui vicinus non est" den Sinn ausgedrückt findet: „der nicht zu dem benachbarten Grundstück hinzukann"!], und die von diesen Schriftstellern Angeführten). Doch ist eine solche Beschränkung des Inhalts bei den persönlichen Dienstbarkeiten nicht das Gewöhnliche, — will der Bestellende so weit in der Beschränkung gehen, so wird er leicht auch noch weiter gehen, und von allem binglichen Recht abstrahiren, nur eine obligatorische Befugniß einräumen, — während sie bei den Grunddienstbarkeiten durch den Begriff derselben gegeben ist. Deßwegen hat man auch Dienstbarkeiten der bezeichneten Art unregelmäßige, anomale persönliche Dienstbarkeiten genannt — nicht passend, da das für sie geltende Recht kein anderes ist, als das auch für Nießbrauch und Gebrauchsrecht geltende. Noch unrichtiger ist es, wenn man sagt: es könne als persönliche Dienstbarkeit auch eine Grunddienstbarkeit bestellt werden. Was persönliche Dienstbarkeit ist, ist deßwegen, weil es eine solche ist, eben nicht Grunddienstbarkeit, steht also auch nicht unter dem Rechte der Grunddienstbarkeiten, wie denn namentlich das Maß der Ausübung hier lediglich

enthaltene Fruchtgenußrecht, ebenso für die einzelnen Seiten des Fruchtgenuß- und Gebrauchsrechts keine anderen Grundsätze, als für das Fruchtgenuß- und Gebrauchsrecht selbst[3]. —

Für alle persönlichen Dienstbarkeiten gilt der Grundsatz, daß sie unzertrennlich an die Person des Berechtigten gebunden sind. Daher sind sie unvererblich[4] und unveräußerlich[5]. Ob nicht we-

---

durch das Interesse der berechtigten Person bestimmt wird (vgl. besonders l. 6 pr. D. de S. P. R. 8. 3). Ueber diesen Gegenstand gibt es besondere Abhandlungen von: Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV S. 382—393 (1832), Zachariae von Lingenthal das. XXVII. 1 (1844), R. Cohnfeldt die s. g. irregulären Servituten nach röm. Recht (1862, von der berliner Juristenfacultät gekrönte Preisschrift); s. außerdem Löhr Magaz. f. RW. und Gesetzg. III S. 495—497, Hasse Rhein. Mus. I S. 73 Note 3, Vangerow I §. 339 Anm. Nr. I, Elvers §. 23, Böcking II S. 214—216, Schönemann §. 28. Eine Uebersicht der Dogmengeschichte bei Zachariä a. a. O. S. 5—17 und bei Cohnfeldt §. 2. (Dieser letztere Schriftsteller führt sehr genügend aus, daß das Recht auf einzelne Seiten des Fruchtgenusses und Gebrauches nicht Nießbrauch und Gebrauchsrecht sei, aber sehr ungenügend [S. 48. 26. 4], daß es den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit überhaupt nicht bilden könne. Doch sind seine Quelleninterpretationen beachtungswerth.)

[3] Der römischen Theorie vom Nießbrauch unterliegen nicht durchweg eine Reihe nießbrauchähnlicher Verhältnisse, welche das deutsche Recht kennt, wie z. B. der Nießbrauch des Mannes am Vermögen der Frau, die Interimswirthschaft ꝛc. Es sind dieß selbständige Nutzungsrechte, die zunächst ihre eigene rechtliche Ordnung haben, und für welche die römischen Grundsätze vom Nießbrauch nur aushülfsweise in Betracht kommen können. Man hat in diesen Fällen von einem usus fructus iuris Germanici gesprochen. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 178, Mittermaier §. 166, Gerber §. 144 Note 2, Beseler §. 193 z. A. Seuff. Arch. I. 15, III. 9, V. 187, VII. 194, IX. 197.

[4] §. 3 I de usufr. 2. 4, l. 47 D. eod. 7. 1, l. 3 §. 3 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 9 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 21 D. de usu 7. 8. S. jedoch §. 215 Note 7.

[5] Sie können dem Eigenthümer rückübertragen werden, aber sie können nicht als Dienstbarkeiten an einen Andern gebracht werden, §. 3 I de usufr. 2. 4, l. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 15 D. fam. herc. 10. 2, l. 10 §. 1 D. comm. div. 10. 3. Die Uebertragung an einen Dritten ist wirkungslos; die in l. 66 cit. vorgetragene Meinung, daß die Dienstbarkeit allerdings nicht auf den Dritten übergehe, aber dafür an den Eigenthümer zurückfalle, beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Uebertragungswillens. Die Formel für denselben ist nicht: 1) ich will nicht mehr haben, 2) du sollst haben — sondern: ich will nicht mehr haben, damit du habest. Diese Meinungsverschiedenheit

nigstens ihre Ausübung überlassen werden kann, ist eine Frage, welche anders für den Nießbrauch, anders für das Gebrauchsrecht beantwortet ist (§. 205. 207). —

Der gewöhnlichste Fall der Begründung der persönlichen Dienstbarkeiten ist der der Begründung durch letztwillige Verfügung[6], und auf diesen Fall ist ihre Theorie vorzugsweise berechnet.

2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.

a. Der Nießbrauch*.

§. 203.

Der Nießbrauch[1] ist das Recht, eine fremde Sache in jeder Weise zu nützen, welche ohne Eingriff in die Substanz der Sache möglich ist[2]. Im Einzelnen umfaßt der Nießbrauch: 1) das

---

machte sich unter den römischen Juristen bei der Uebertragung des Besitzes geltend, s. §. 156 Note 5. [Vgl noch Gai. II. 35. III. 85, Ulp. XIX. 14.] Andere lassen l. 66 cit. nur sagen, daß die Dienstbarkeit an den Eigenthümer zurückfalle, wenn später in der Person des Uebertragenden ein Beendigungsgrund eintrete. Ueber diese und andere Meinungen in Betreff des bezeichneten Widerspruchs s. Puggé Rhein. Mus. I S. 145 fg. (1827), Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 88 fg. (1851), Böcking §. 164 Note 19, Vangerow I §. 344 Anm. 2.

[6] Nicht als wenn ihre Begründung durch Willenserklärung unter Lebenden nicht möglich wäre; aber die Interessen des Verkehrs unter Lebenden werden verhältnißmäßig selten zur Begründung von persönlichen Dienstbarkeiten führen, während es bei letztwilligen Anordnungen ein nahe liegender Gedanke ist, dem Einen die Substanz der Sache, dem Andern den lebenslänglichen Genuß derselben zuzuwenden. Vgl. §. 1 I. de usufr. 2. 4 mit §. 4 I. de serv. praed. 2. 3.

* Inst. 2. 4 de usufructu. Dig. 7. 1 de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Cod. 3. 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum. — Elvers §. 50—58. Glück IX S. 157 fg.; Böcking §. 163—166, Sintenis §. 59.

§. 203. [1] Die Quellen sagen usus fructus, indem sie hier, wie so oft, die Bezeichnung für die Thatsache zur Bezeichnung des Rechts verwenden. Von derselben Art sind die deutschen Ausdrücke Nießbrauch, Nutznießung. Vgl. §. 44 Note 2.

[2] „Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia“, pr. I. h. t., l. 1 D. h. t.

Recht, die Sache zu gebrauchen[3]; 2) das Recht auf die Früchte der Sache[4]. Ueber den Begriff der Frucht s. §. 144; nach dem daselbst Gesagten ist Frucht Alles, was die Sache ihrer Bestimmung gemäß und ohne Aufopferung ihrer Substanz abwirft[5], auf natürlichem Wege (natürliche Früchte)[6], oder unter Vermittelung eines hinzutretenden Rechtsverhältnisses (juristische Früchte)[7].

---

[3] Usus. L. 12 §. 1 l. 15 §. 4. 5 l. 28 l. 41 pr. D. h. t., l. 9 §. 3 D. ususfr. quemadm. 7. 9; l. 23 §. 1 D. h. t. Vgl. übrigens §. 207 Note 6.

[4] Fructus in diesem Sinne. Der Ausdruck fructus hat aber auch einen weiteren Sinn; in diesem geht er auf den gesammten Nutzen, welchen die Sache gewährt, umfaßt also den usus mit. So wird der Nießbraucher ganz gewöhnlich fructuarius schlechthin genannt, und in l. 14 §. 1 D. de usu 7. 8 heißt es: „Ususfructus an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest". Vgl. Paul. S. R. III. 6 §. 24, l. 41 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 64 D. de R. V. 6. 1, l. 19 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 58 D. de V. O. 45. 1. Die l. 64 cit. lautet: „Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est".

[5] L. 7 §. 1 D. h. t.: — „quicunque reditus est . . quaeque obventiones". Aus dem Begriff der Frucht folgt, daß dem Nießbraucher nicht gehören die vom Sturme umgeworfenen Bäume (— „alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius", l. 12 pr. D. h. t.), nicht Fell und Fleisch gestorbener Thiere (l. 30 D. quib. mod. ususfr. 7. 4), nicht der Schatz (arg. l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3). Ebensowenig gehörten ihm nach römischem Recht die Kinder der Sclavin, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 68 pr. D. h. t., l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1. Wenn ihm in l. 7 §. 1 D. h. t. auch der Eigenthumserwerb wegen nicht geleisteter cautio damni infecti zugeschrieben wird, obgleich dieß gewiß kein bestimmungsgemäßer Ertrag der Sache ist, so ist zu erwägen, daß das Gleiche auch von solchen Personen gilt, welche gar kein Fruchtgenußrecht an der Sache haben (l. 18 pr. l. 13 §. 5 l. 21 D. de damno inf. 39. 2). Vgl. Elvers S. 485.

[6] „Quidquid in fundo nascitur", l. 9 pr. l. 59 §. 1 D. h. t. Producte von Thieren: l. 68 §. 1 D. h. t., l. 28 pr. D. de usur. 22. 1 (§. 37 I. de R. D. 2. 1). Mineralien: l. 9 §. 2. 3 D. h. t.; vgl. §. 144 Note 3 und die daselbst citirte Abhandlung von Schröder. Ertrag der Jagd und Fischerei: l. 9 §. 5 eod. (ein anderer Gesichtspunkt für den Jagdertrag wird in l. 26 D. de usur. 22. 1 aufgestellt, ohne daß dadurch die für den Nießbrauch gegebene Regel berührt würde). [Wächter Jagdrecht (§. 184 Note 4) S. 10 fg.]

[7] „Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur", l. 59 §. 1 D. h. t., l. 9 pr. eod. L. 12 §. 2 eod. „Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest". Bei den Römern war hier von besonderer Wichtigkeit der Erwerb der Sclaven.

Die natürlichen Früchte erwirbt der Nießbraucher erst durch die Besitzergreifung[8]; die juristischen werden hier, wie überall, durch Uebergabe von Seiten des Eigenthümers erworben[9].

Der Nießbraucher ist aber in der Ausübung seines Rechts

Derselbe wurde jedoch dem Nießbraucher nicht unbedingt zugesprochen, sondern, wenn er entgeltlich war, nur dann, wenn der Entgelt aus seinem Vermögen genommen war oder in der Arbeit des Sclaven bestand, wenn er unentgeltlich war, nur dann, wenn die Zuwendung an den Sclaven mit Rücksicht auf die Person des Nießbrauchers geschehen war. L. 21—26 D. h. t.

[8] L. 12 §. 5 D. h t., l. 13 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 §. 1 l. 28 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. §. 186 Note 5. 6. Daß die Frucht noch nicht reif war, hindert den Erwerb nicht, l. 48 §. 1 D. h. t., l. 42 D. de usu et usufr. 33. 2. [Göppert die organischen Erzeugnisse S. 282 fg.] — Auf Ersatz der auf die stehende Ernte verwendeten Kosten hat der Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauches keinen Anspruch. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock IV Nr. 39 (Seuff. Arch. XVI. 274).

[9] Juristische Früchte sind namentlich Mieth- und Pachtgelder. Wie nun wenn der Nießbrauch inmitten einer Mieth- oder Pachtperiode beginnt oder endet, muß dann nicht der Zins dieser Periode, unabhängig davon wer ihn eingenommen hat, zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher (bez. dessen Erben) verhältnißmäßig getheilt werden? Man bemerke, daß der Mieth- und Pachtvertrag so wenig vom Eigenthümer auf den Nießbraucher, wie vom Nießbraucher auf den Eigenthümer übergeht; jeder hat es nur mit seinem Miether und Pächter zu thun, und hat demselben gegenüber Anspruch auf den Zins nach Maßgabe des demselben gewährten Gebrauches und Genusses (l. 58 pr. l. 59 §. 1 D. h. t., l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2). Vgl. Seuff. Arch. XIV. 115. — Wie aber wenn das Forderungsrecht auf die juristischen Früchte in der That von dem Abtretenden auf den neu Eintretenden übergeht, wie z. B. bei einem zum Nießbrauch gegebenen emphyteutischen oder superficiarischen Grundstück, bei Zehnten und Grundgefällen, welche kraft des Nießbrauch-Grundstücks gefordert werden können (ein anderes, heutzutage nicht mehr praktisches, Beispiel in l. 25 §. 2 l. 26 D. h. t.)? Wenn auf Emphyteusis und Superficies die Analogie von Pacht und Miethe angewendet wird, so ist (auf Grund von l. 26. 58 pr. h. t., vgl. l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2) zu sagen, daß bei der Superficies die Abgabe der letzten Zinsperiode zwischen Eigenthümer und Nießbraucher allerdings verhältnißmäßig zu vertheilen, bei der Emphyteusis dagegen darauf zu sehen ist, ob die natürliche Fruchtperception in die Zeit des Nießbrauchs, oder in die des Eigenthums gefallen ist. Jedoch ist die Anwendung dieser Analogie nicht ohne Bedenken. Entschieden keine Anwendung kann sie finden, wo das zu Leistende ein Aequivalent des Gebrauchs und Genusses der dem Nießbrauch unterworfenen Sache überhaupt nicht ist, wie bei Zehnten und Grundgefällen; hier kann nur darauf ge-

an gewisse Schranken gebunden[10]. Vor Allem darf er die Sache nur in einer Weise nützen, wie es die Regeln einer guten Wirthschaft mit sich bringen[11]. Aber auch abgesehen hiervon ist ihm keine Nützung gestattet, welche entweder gegen die Bestimmung der Sache verstößt[12], oder auch nur in Widerspruch mit der Art und Weise steht, wie der Eigenthümer seine Sache zu nützen pflegt[13]. Endlich ist seinem Nützungsrecht eine Schranke dadurch gesetzt, daß er die Sache nicht umgestalten darf; er muß sie nützen in der Gestalt, wie sie ist[14]. —

---

sehen werden, zu welcher Zeit die letzte periodische Leistung fällig geworden ist. Vgl. Wächter Erörterungen I S. 73—87. [Mommsen Erörterungen I S. 134 fg.]

[10] Sie werden in den Ausdruck zusammengefaßt, der Nießbraucher müsse sein Recht ausüben „boni viri arbitratu", l. 13 pr. §. 6. 8 D. h. t., l. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9.

[11] Der Nießbraucher muß sein Recht ausüben wie ein „bonus paterfamilias", wie ein „bonus vir", l. 9 §. 2 l. 15 §. 4 D. h. t. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t. Ueber die Nützung von Holz insbesondere s. l. 9. §. 7 — l, 12 pr. l. 18. 48. §. 1 D. h. t., und die Abhandlung von Laspeyres Arch. f. civ. Pr. XIX. 4 (1836), vgl. Vangerow I §. 344 Anm. 1, Elvers S. 482—484; Seuff. Arch. III. 9. Die Jungen einer Heerde fallen an den Nießbraucher nur insoweit, als sie nicht zum Ersatz der abgegangenen Stücke erforderlich sind, l. 70 §. 1 D. h. t.

[12] L. 15 §. 1 D. h. t. „Mancipiorum quoque usufructu legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balniatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate".

[13] L. 13 §. 8 D. h. t. „Item si domus usufructus legatus sit, meritoria ilic facere fructuarius non debet, nec per cenacula dividere domum. Atquin locare potest; sed oportebit quasi domum locare, nec balineum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, ita accipe, quae vulgo deversoria vel fullonica appellant. Ego quidem, et si balineum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet; non magis quam si domum ad stationem iumentorum locaverit, aut si stabulum, quod erat domus iumentis et carruchis vacans, pistrino locaverit, (l. 14) licet multo minus ex ea re fructum percipiat". Vgl. l. 13 §. 6 eod. Aber auch nur eine der Art und Weise des Eigenthümers widersprechende Nützung ist dem Nießbraucher untersagt, nicht jede von ihr abweichende, l. 9 i. f. l. 15 §. 5 l. 27 §. 1. 2 D. h. t.

[14] Damit ist aber nicht gesagt, daß der Nießbraucher keine irgendwelche

Soweit daß Recht des Nießbrauchers geht, ist das des Eigenthümers ausgeschlossen. Dagegen ist dem Eigenthümer keine Befugniß entzogen, durch deren Ausübung der Nießbrauch nicht beeinträchtigt wird[15]. Der Eigenthümer kann daher namentlich sein Eigenthumsrecht einem Andern übertragen; er kann die Sache verpfänden[16], und auch Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher nicht schaden[17], auf dieselbe legen[18].

Aenderung mit der Sache vornehmen dürfe. Es darf z. B. der Nießbraucher eines Lustgartens aus demselben keinen Fruchtgarten machen (l. 13 §. 4 D. h. t.); aber dem Nießbraucher eines Landgutes ist es nicht verboten, auf einem Theil desselben einen Steinbruch u. dgl. anzulegen, wenn nur der Character des Landgutes gewahrt bleibt (l. 9 §. 3 l. 13 §. 5 D. h. t., und dazu Madai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 92—138, Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 365 fg., Vangerow I §. 344 Anm. 2 und die an diesen Orten Citirten). S. auch §. 6 i. f. eod., l. 73 D. h. t. Die Grenze zwischen bloßer Umänderung und Umgestaltung kann natürlich in einem gegebenen Falle eine schwierig zu findende sein. In l. 13 §. 7 D. h. t. heißt es, der Nießbraucher eines Hauses dürfe „lumina immittere“, ebenso „colores et picturas et marmora et sigilla et si quid ad domus ornatum“; aber er dürfe nicht „diaetas transformare vel coniungere aut separare, ... vel aditus posticasve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere; excolere enim, quod invenit, potest, qualitate aedium non immutata“. S. auch l. 7 §. 3 l. 8. 44. 61 D. h. t. Ueber das Ganze vgl. Elvers S. 466—473, Sintenis I §. 59 Anm. 22, und den oben citirten Aufsatz von Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV. 11 (1852).

[15] L. 7 §. 1 l. 13 §. 7 i. f. D. h. t., l. 17 §. 2 l. 25 §. 3 eod.

[16] L. 2 C. h. t.

[17] Z. B. die servitus non altius tollendi.

[18] L. 15 §. 7 l. 16 D. h. t. Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher schaden, soll er nach dieser Stelle nicht einmal mit dessen Einwilligung bestellen können. Dieser Satz, welcher sich wahrscheinlich aus der alten Bestellungsform der Dienstbarkeit durch in iure cessio erklärt (Keller röm. Civilpr. S. 93), ist heutzutage nicht mehr anwendbar, da nichts verbietet, einen solchen Consens des Nießbrauchers als Rückgabe des Nießbrauchs zum Wiederempfang nach Bestellung der Servitut auszulegen. So, wie mir scheint in überzeugender Weise, Arndts §. 179 Note 4; übereinstimmend Elvers S. 258—260, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 34, Sintenis I §. 59 Note 45. Andere Meinungen über den Grund und die heutige Anwendbarkeit des angeführten Satzes bei Zachariae Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 133, Vangerow I S. 789, Böcking §. 164 Note 22.

§. 204.

Mit dem Rechte des Nießbrauches sind obligatorische Verpflichtungen verbunden[1]. Dieselben gehen auf Ersatz alles Schadens, welcher durch eine unbefugte Ausübung des Nießbrauches dem Eigenthümer erwachsen ist[2]; ferner aber auch auf Leistung der positiven Sorgfalt und Pflege, welche ein ordentlicher Mann auf seine eigene Sache verwendet, bez. auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher durch Versäumung dieser Pflicht dem Eigenthümer zugefügt ist[3]. Außerdem muß der Nießbraucher, welcher

---

[1] Diese Verbindlichkeiten beruhen nach römischen Recht auf einer Stipulation, welche der Nießbraucher auf Verlangen des Eigenthümers mit demselben abschließen mußte. Durch diese Stipulation sollte die gehörige Grundlage für die vom Nießbraucher beizubringende Bürgschaft (Note 6) gewonnen werden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß nach heutigem Recht der Anspruch des Eigenthümers statt auf das Versprechen, sogleich auf den Inhalt des zu leistenden Versprechens gerichtet werden kann. Mit andern Worten: die Obligation des Nießbrauchers ist heutzutage eine gesetzliche. Vgl. l. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. 17 i. f. D. ut leg. 36. 3. A. M. das Urtheil bei Seuff. Arch. XVI. 10. Vgl. noch Ihering Geist des röm. R. III S. 130—131. 261 fg. §. 204.

[2] „Cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam usufructus facturum", l. 1 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9. Daß der Nießbraucher wegen unbefugter Behandlung der Sache auch auf Grund der allgemeinen Rechtssätze, welche einen Jeden verpflichten, in Anspruch genommen werden kann (actio legis Aquiliae, iniuriarum etc.) versteht sich von selbst, vgl. l. 13 §. 2. l. 15 §. 3 l. 66 D. h. t.

[3] Die in der vorigen Note citirte l. 1. §. 3 D. usufr. quemadm. fährt fort: — „caeteraque facturum, quae in re sua faceret". Paul S. R. III 6 §. 27 bezeichnet als Gegenstand der Caution: „perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur", vgl. l. 11 §. 2 eod., §. 38 I. de R. D. 2. 1, l. 65 pr. D. h. t., l. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9. Einzelnes: Reparatur der Gebäude (l. 7 §. 2. 3 l. 64. 65 D. l. 7 C. h. t.); Instandhaltung fruchttragender Grundstücke (§. 38 I. de R. 2. 1, l. 7 §. 3 l. 13 §. 2 l. 18 l. 59 pr. D. h. t.); Ernährung und Erhaltung der Thiere (arg. l. 15 §. 2 l. 45 D. h. t.); Ergänzung einer Heerde (§. 38 I. de R. D. 2. 1, l. 12 §. 5 l. 68 §. 2 — l. 70 D. h. t. [Göppert organische Erzeugnisse S. 288 fg.]), eines Thiergartens (l. 62 §. 1 D. h. t.), einer Baumschule (l. 9 §. 6 D. h. t.); Unterbrechung der zum Nachtheil des Eigenthümers laufenden Verjährungen (l. 15 §. 7 D. h. t., l. 1 §. 7 D. usufr. quemadm. 7. 9).

allen Nutzen der Sache hat, auch alle Lasten derselben tragen[4]. Auch auf Herausgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauches haftet er nicht bloß kraft des Eigenthums, sondern auch obligatorisch[5]. Mißbraucht der Nießbraucher die Sache, so kann Rückgabe der Sache von ihm auch vor Beendigung des Nißbrauchs verlangt werden[5a]. Zur Sicherheit der Erfüllung aller dieser Verbindlichkeiten muß er dem Eigenthümer Bürgschaft stellen[6]; sonst braucht der Eigenthümer ihm die Sache nicht auszuantworten, und kann die bereits ausgeantwortete zurückfordern; der Eigenthümer kann aber auch geradezu auf Bürgschaftstellung klagen[7]. Jedoch fällt die Pflicht zur Bürgschaftstellung in gewissen Fällen weg[8]; auch kann sie vom Eigenthümer erlassen werden[9].

---

[4] L. 7 §. 2 l. 27 §. 3 l. 52 D. h. t. Auch die Versicherungskosten: Seuff. Arch. XV. 107.

[5] Die cautio usufructuaria geht nicht bloß auf „usurum se boni viri arbitratu", sondern auch auf „cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit", l. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9. Eine dritte Clausel, welche aber keinen specifisch neuen Inhalt hinzubringt, nennt l. 5 pr. eod: „dolum malum abesse afuturumque". — Auf Erfüllung der anderen vorhin genannten Verbindlichkeiten kann nicht erst nach Beendigung des Nießbrauchs geklagt werden. Seuff. Arch. X. 234.

[5a] L. 1 §. 5 D. usufr. quemadmodum 7. 9.

[6] Diese Pflicht zur Bürgschaftsleistung ist ursprünglich nur für den Fall des letztwillig hinterlassenen Nießbrauchs ausgesprochen, dann aber auf alle Fälle der Bestellung desselben ausgedehnt worden. L. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 1 §. 2 l. 9 §. 1 eod., l. 13 pr. D. h. t., l. 4 C. h. t.

[7] L. 13 pr. D. h. t., l. 7 pr. l. 12 D. usufr. quemadm. 7. 9, vgl. l. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 142—145. [Seuff. Arch. XXI. 216, XXII. 218.]

[8] Für den Nießbraucher, welchem nach einer bestimmten Zeit auch das Eigenthum zufällt (l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9); für den Vater, welcher den gesetzlichen Nießbrauch am Vermögen der Kinder hat (l. 8 §. 4 C. de don. quae lib. 6. 61); für den Ehegatten, welcher bei Eingehung einer zweiten Ehe den Nießbrauch am Ehegewinn behält, jedoch nur, was die unbeweglichen Sachen angeht (l. 6 §. 1 C. de sec. nupt. 5. 9); für denjenigen, welcher einen Nießbrauch als Mitgift hat (l. 2 C. ne fideiussores dotium dentur 5. 20). Außerdem nimmt die Praxis noch den Fall des Schenkers aus, welcher sich den Nießbrauch des Geschenkten vorbehalten hat, Glück IX S. 484. Vgl. auch §. 134 Note 5. Seuff. Arch. XV. 105. [Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 35.]

[9] Testamentarisch jedoch nur insofern, als derselbe dadurch seine Ver-

§. 205.

Der Nießbrauch ist, wie die persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt, unvererblich und unveräußerlich[1]. Dagegen ist die Ausübung desselben nicht unveräußerlich[2]; dieselbe kann sowohl gegen Entgelt als unentgeltlich einem Andern überlassen werden[3]. Derjenige, an welchen die Ausübung veräußert worden ist, hat nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen den Veräußerer; er kann den fremden Nießbrauch kraft eigenen Rechts geltend machen[4].

---

fügungsbefugniß nicht überschreitet; denn Vermächtniß einer Sache zu Nießbrauch ohne Sicherheitsleistung ist unter Umständen im Resultat Vermächtniß ihres gesammten Vermögenswerthes. Hiervon ist l. 7 C. ut in poss. leg. 6. 54 zu verstehen, die ihrem Wortlaut nach den testamentarischen Erlaß der Caution für überhaupt unwirksam erklärt. Vgl. darüber Elvers S. 555, Puchta §. 181. n a. E., Böcking §. 165 Note 44, Arndts §. 180 Anm. 2, Sintenis I §. 59 Anm. 39. Seuff. Arch. IV. 206, IX. 137, XIX. 126, [XIX. 174].

[1] S. §. 202 Note 4 und 5. §. 205.

[2] L. 66 D. de I. D. 23. 3: — „ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat".

[3] L. 12 §. 2 l. 38. 46. 67 D. h. t., l. 8 §. 2 D. de per. 18. 6, l. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 7 §. 2 l. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 57 D. sol. matr. 24. 3. Der Ausdruck der Quellen ist hier nicht immer genau; sie sprechen ganz gewöhnlich von Verkauf, Schenkung ꝛc. ꝛc. des Nießbrauchs statt: der Ausübung des Nießbrauchs.

[4] L. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1. „Usufructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est . . . Et scribit Papinianus l. XI Resp., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere: *non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum Praetor tuebitur: *si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit.* Nam et cum emtorem usus fructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio". Der Schluß von der exceptio auf die actio hat keinen Anstand. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 98 hält diese actio für eine cedirte, woraus folgen würde, daß sie gegen den veräußernden Nießbraucher selbst nicht zuläßig wäre. In der That aber ist sie eine eigene actio („*eadem ratione* et debitori obiicietur exceptio"), freilich aus fremdem Recht; der Erwerber macht die an ein fremdes Subject angeknüpfte Willensherrschaft für sich, zu seinem Nutzen, geltend, also auch gegen dieses Subject selbst. S. §. 42 a. E. und Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 136, vgl. auch Dernburg Pfandrecht I S. 486. [A. Schmid Grundlehren der Cession II S. 340 fg.] — Mit dem Nießbrauche hört auch das Recht auf Ausübung

Nur in einem Falle ist der Nießbrauch selbst veräußerlich, wenn er nämlich Jemandem letztwillig bloß zu dem Ende gegeben worden ist, damit dieser ihn an einen Dritten weiter gebe; der Dritte erwirbt in diesem Fall durch die Uebertragung des Nießbrauchs einen eigenen Nießbrauch, nicht bloß das Recht zur Ausübung eines fremden[5]. —

Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht[6], d. h. auch ein

desselben auf. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter. Es hört nicht auf, wenn der Nießbraucher den Nießbrauch an den Eigenthümer rücküberträgt; in diesem Falle geht zwar der Nießbrauch als solcher unter, aber da der Nießbraucher sein Recht nur so übertragen konnte, wie er es hatte, so dauert für denjenigen, an welchen der Nießbrauch veräußert worden war, das Recht auf Ausübung einer gleichen Willensmacht, wie die im Nießbrauch enthaltene, fort. Das Nämliche muß gelten, wenn der Nießbraucher seinerseits das Eigenthum erwirbt: die der fremden Ausübung hingegebene Willensmacht ist zwar formal untergegangen, aber materiell besteht sie fort. Man kann auch so sagen: das an dem Nießbrauch stattfindende Recht hält, soweit es reicht, den Nießbrauch trotz seines Unterganges als Nießbrauch fest. Eine schlagende Analogie dafür gibt l. 3 §. 2 D. de usufr. accr. 7. 2: — „si duobus ususfructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet“. Gegen das Gesagte darf auch nicht l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 4 angeführt werden, welche nur die Regel bezeichnet. Vgl. auch Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 296 fg. Erläuterungen I S. 271 fg., und unten §. 206 Note 10 a. E.

[5] In den Quellen ist dieß zwar nur für die prätorische Jurisdiction anerkannt, während nach Civilrecht auch hier der Uebertragende nominell Nießbraucher blieb; aber für uns, wie bereits für das spätere römische Recht, ist dieser Gegensatz ohne alle Bedeutung. Weil hier der Empfänger einen eigenen Nießbrauch hat, ist er es, welcher Caution leisten muß, und durch dessen Tod, Nichtgebrauch ꝛc. ꝛc. der Nießbrauch untergeht. L. 9 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 4 l. 29 §. 2 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 29 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 137—139. — Es ist die Behauptung aufgestellt worden (Dernburg [der ältere] Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. 2, Elvers §. 27), der Nießbrauch sei überhaupt veräußerlich, freilich so, daß er auch beim Erwerber nicht länger dauere, als der Veräußerer lebe, weil dieser nicht Mehr übertragen könne, als er habe. S. dawider Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 96 fg., Windscheid a. a. O., Dernburg Pfandr. I S. 485, Vangerow I §. 344 Anm. 3.

[6] L. 1 §. 9 l. 81 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4.

Bruchtheil des Nießbrauchs hat rechtlichen Bestand[7], mag der fehlende Theil einem andern Nießbraucher zustehen, oder mag dieser Theil mit dem Eigenthum vereinigt sein[8]. Der Sinn dieser Theilung ist aber auch hier, wie beim Eigenthum (§. 140 Note 4), nicht der, daß das Recht getheilt wäre, welches gar nicht getheilt sein kann. Auch derjenige, welchem der Nießbrauch nur zu einem Bruchtheil zusteht, hat doch alle Rechte, welche der Nießbrauch in Betreff der Sache gewährt, in ihrer ganzen Fülle, und ist bloß durch die gleichen Rechte des Mitberechtigten beschränkt[9]; aber von dem reell theilbaren Ertrage des Nießbrauches, und von dem, was durch Umsatz des Nießbrauches erworben werden kann, gebührt ihm nur ein Bruchtheil[10].

Uneigentlicher Nießbrauch*.

§. 206.

An Sachen, welche durch den Gebrauch, zu welchem sie be-

---

[7] Ob man sagt: ein Bruchtheil des Nießbrauchs, oder: der Nießbrauch an einem Bruchtheil der Sache, kommt auf Dasselbe hinaus. Und in der That sagen die Quellen Beides. S. die Stellen der folgenden Note, auch l. 13 §. 1. D. de accept. 46. 4.

[8] L. 5. 49. 50 D. h. t., l. 5 §. 2 D. si ususfr. pet. 7. 6, und der ganze Titel de usufructu accrescendo 7. 2.

[9] Daher war es auch für den Erwerb durch den Nießbrauchssclaven kein Hinderniß, daß Jemand den Nießbrauch nur zu einem Theile hatte, wenn nur der Erwerb des Mitnießbrauchers durch die Besonderheit des gegebenen Verhältnisses ausgeschlossen war, l. 32 D. de stip. serv. 45. 3 (vgl. §. 169a Note 5).

[10] So ist zu verstehen l. 19 D. de usu 7. 8: „frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus". — Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 13, obgleich dieß anerkennend, wie es ja nicht anders möglich ist, erklärt dennoch den Nießbrauch für ein untheilbares Recht. Er ist dabei geleitet theils durch die im Text zur vorigen Note bezeichnete Betrachtung, theils durch das Streben ein neues „Gesammtrechtsverhältniß" (§. 169a Note 8 a. E.) zu entdecken. Er schreibt aber dieser behaupteten Untheilbarkeit des Nießbrauchs keine andere Bedeutung zu, als die, Erklärungsgrund zu sein für das Anwachsungsrecht unter Nießbrauchern auch nach gemachtem Erwerbe. Vgl. Vangerow II §. 554 Anm. 1 Nr. II.

* Dig. 7. 5 de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur aut minuuntur. — Held die Lehre vom ususfructus earum rerum quae usu

stimmt sind, vernichtet werden[1], ist der Nießbrauch seinem Begriffe nach ausgeschlossen. Jedoch wird, wenn nichtsdestoweniger ein Nießbrauch an solchen Sachen verliehen wird, die Verleihung dadurch aufrecht erhalten[2], daß dem Empfänger das Eigenthum dieser Sachen zugesprochen wird gegen die Verpflichtung, bei Beendigung des Nießbrauches eine gleiche Quantität gleicher Sachen, oder, wenn dieß ausgemacht worden ist, ihren Schätzungswerth herauszugeben[3]; mit anderen Worten: der Nießbrauch am Körper der Sache, welcher nicht möglich ist[4], wird verwandelt in einen Nießbrauch am Werth der Sache. Natürlich muß der Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit auch hier Sicherheit stellen[5].

---

consumuntur vel minuuntur (1848). H. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch Nr. 1 (1864). Elvers §. 58. Glück IX S. 387 fg. Böcking §. 166.

§. 206. [1] Res quae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu sunt, verbrauchbare Sachen. S. §. 141 Note 1.

[2] Dieß beruht auf einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, einem senatusconsultum aus der ersten Kaiserzeit (Puchta Rhein. Mus. III S. 82 fg. [kleine Schriften S. 214 fg.] glaubt, dasselbe sei schon zur Zeit des Cicero vorhanden gewesen; dagegen Böcking §. 166 Note 6 und Bürkel S. 31 fg., welcher Letztere [S. 25 fg.] den Senatsschluß nicht, wie Andere thun, nach der l. Iulia et Papia Poppaea, sondern vor dieselbe setzt; dieselbe habe den Senatsschluß nicht nöthig gemacht, sondern vorausgesetzt). Dieses senatusconsultum bestimmte im Allgemeinen: „ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit", ohne Zweifel um den Nießbrauch am ganzen Vermögen oder einem Bruchtheil desselben möglich zu machen. L. 1 D. h. t.; vgl. §. 2 I. de usufr. 2. 4, Ulp. XXIV. 27.

[3] Die Quellen behandeln als Grundlage auch dieser Verpflichtung (vgl. §. 204 Note 1) eine von dem Nießbraucher zu leistende cautio, l. 2 pr. l. 6. 7. 9. 10 D. h. t., l. 7 §. 1 D. usufr. quemadm. 7. 9, §. 2 I. de usufr. 2. 4; sie erkennen aber hier ausdrücklich an, daß das Rückforderungsrecht an die cautio nicht gebunden sei, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. 17 i. f. D. ut leg. 36. 3. — Von dem Vertrage, daß statt des Empfangenen der Schätzungswerth zurückgegeben werden solle, reden l. 7 D. h. t., §. 2 I. cit. Man darf nicht sagen, daß auch ohne Vertrag der Nießbraucher nach seinem Belieben, statt in gleichen Sachen, in Geld zurückgeben könne; man würde ihm damit unbilligerweise den Vortheil der Preisdifferenz zusprechen. Bürkel S. 43—44.

[4] §. 2 I cit.: — „Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit". L. 2 §. 1 D. h. t.

[5] L. 8 D. h. t., §. 2 I. de usufr. 2. 1. In Betreff der Ausnahmen

Handelt es sich von Sachen, welche durch ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch zwar nicht vernichtet, aber doch werthlos gemacht werden, so ist darauf zu sehen, ob der Verleihende den Nießbrauch als eigentlichen oder uneigentlichen gemeint hat[6].

Der Nießbrauch ist aber nicht bloß auf verbrauchbare und abnützbare körperliche Sachen, er ist auch auf unkörperliche Sachen, d. h. auf Rechte, ausgedehnt worden. So namentlich auf Forderungsrechte[7]. Der Nießbraucher hat hier das Recht auf Einforderung der periodischen Leistungen, zu welchen das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet[8], im Zweifel auch das Recht zur Einforderung des Gegenstandes des Forderungsrechtes selbst, und darnach Nießbrauch an diesem, einen eigentlichen oder uneigentlichen je nach der Natur des Gegenstandes[9]. In gleicher Weise

---

von der Verpflichtung zur Bürgschaftsleistung ist das Gleiche zu sagen, wie für den eigentlichen Nießbrauch (§. 204 Note 8). Ebenso über die Möglichkeit des Erlasses derselben (§. 204 Note 9); in den Quellen wird diese Möglichkeit auch hier allgemein geleugnet, l. 8 D. h. t., l. 6 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4, ohne Zweifel in unmittelbarem Hinblick auf die lex Iulia und Papia Poppaea. Vgl. übrigens Seuff. Arch. XI. 164, XIX. 126.

[6] In §. 2 I. de usufr. 2. 4 wird der Nießbrauch an Kleidern als uneigentlicher Nießbrauch behandelt, in l. 9 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9 und l. 15 §. 4 D. de usufr. 7. 1 als eigentlicher, oder doch möglicherweise eigentlicher (in l. 15 §. 4 cit. ist nicht zu lesen: „sicut", sondern „sic ut"). Ein nahe liegender Anhaltspunkt für die Bestimmung des Willens des Verleihenden ist, ob der Nießbrauch an der abnützbaren Sache als solcher gegeben ist, oder an einem ganzen Vermögen, in welchem auch abnützbare Sachen enthalten sind; im ersten Fall ist die Wahrscheinlichkeit dafür, daß er als eigentlicher, im zweiten Fall dafür, daß er als uneigentlicher gemeint sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Madai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 139—187, Held S. 41—46, Elvers S. 594—596, Arndts in Haimerl's VJSchr. V. 4 (1860), Bürkel S. 75—80.

[7] L. 3. 4 D. h. t.

[8] L. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2.

[9] Er hat das Einforderungsrecht im Zweifel. Es kommt darauf an, ob der Nießbrauch an einem Forderungsrecht als Nießbrauch an dem Forderungsrecht in seiner Eigenschaft als Vermögensstück, oder als Nießbrauch an dem Forderungsrecht in seiner Eigenschaft als Forderungsrecht, also mit Beschränkung auf diese seine Erscheinungsform, aufzufassen ist. Entschieden ist diese Frage, wenn der Nießbrauch das Forderungsrecht nicht zum unmittelbaren Gegenstand hat, sondern nur Folge des Nießbrauchs am ganzen Vermögen ist, von welchem Falle l. 1 C. de usufr. 3. 34 und l. 24 D. de usu et usufr. 33. 2. handeln.

ist auch ein Nießbrauch am Nießbrauch möglich[10], und wäre möglich an Emphyteusis und Superficies, wenn das römische Recht nicht dem Emphyteuta und dem Superficiar die Befugniß zuerkannt hätte, die Sache selbst mit einem Nießbrauch zu belasten[11].

Aber auch da, wo der Nießbrauch unmittelbar an dem Forderungsrecht stattfindet, wird im Zweifel, und namentlich bei letztwilligen Verleihungen, angenommen werden müssen, daß der Verleihende den Nießbrauch auf die augenblickliche Erscheinungsform des zum Nießbrauch verliehenen Vermögensstückes nicht habe beschränken wollen; ganz sicher wird diese Annahme, wenn das Forderungsrecht einen andern Genuß, als durch seine Einziehung, gar nicht gewährt. Vgl. l. 4 D. h. t. Die herrschende Meinung schreibt dem Nießbraucher das Recht der Einziehung unbedingt zu; ja Viele gehen noch weiter, indem sie den Nießbrauch an Forderungsrechten dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ganz gleichstellen, und also behaupten, der Nießbraucher werde einerseits unbedingter Herr des Forderungsrechts, andererseits sei er aber auch zur Restitution desselben oder seines Werthes unbedingt verpflichtet, auch wenn dasselbe ohne seine Schuld zu Grunde gegangen sei. Ich finde für diese letztere Meinung in den Quellen gar keinen Anhalt. Vgl. über diesen Gegenstand die Abhandlungen von Steinberger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 5 (1854) und Dunker Arch. f. prakt. RW. VI. 6 (1859); außerdem Held §. 12, Bürkel §. 9, Elvers S. 596—601, Mühlenbruch Cession §. 47 Note 15, A. Schmid Grundlehren der Cession I S. 180 fg. 219 fg., Böcking II S. 259. 260, Sintenis I §. 59 a. E. Seuff. Arch. XI. 164, XIX. 126. — Nießbrauch an einer Rente: Bürkel S. 69. 70.

[10] Obgleich davon in den Quellen nicht ausdrücklich die Rede ist. Aber die Quellen erörtern mit Rücksicht auf den oben genannten Senatsschluß die Frage, ob ein Nießbrauch an einer Wegegerechtigkeit möglich sei (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2). Diese Frage ist nun zwar in gleicher Weise wie für alle anderen Grunddienstbarkeiten (l. 33 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3) und für das Gebrauchsrecht zu verneinen, weil diese Rechte nicht einmal Ausübung durch einen Andern zulassen: aber eben weil für den Nießbrauch das Gegentheil gilt, ist die Frage für diesen zu bejahen. Bürkel §. 7. Dieser Schriftsteller geht übrigens weiter, und will einen Nießbrauch auch an Grunddienstbarkeiten zulassen, mit Berufung auf l. 1 cit. i. f. Aber der Fall, welchen diese Stelle behandelt, und für welchen sie in indirecter Weise hilft, ist ein anderer, nämlich der, wo eine noch nicht bestellte Wegegerechtigkeit zum Nießbrauch vermacht wird. (Darauf gehen die Worte: „quia id neque ex bonis nec extra bona sit". Andere Erklärungen dieser Worte bei Böcking §. 162 Note 42, Bürkel S. 51.) — Der Nießbrauch am Nießbrauch geht ebensowenig in allen Fällen mit seinem Gegenstand unter, wie das Recht auf Ausübung eines veräußerten Nießbrauchs. S. §. 205 Note 4. a. E. und vgl. §. 219 Note 8.

[11] S. §. 219 Note 7. 8. Vgl. Bürkel S. 58—59. — Nießbrauch am Pfandrecht? Bürkel §. 10. Nießbrauch am Autorrechte: Bürkel §. 11.

b. Das Gebrauchsrecht*.

§. 207.

Das Gebrauchsrecht ist das Recht, eine fremde Sache zu gebrauchen, d. h. sie zu den Zwecken zu verwenden, welche sich mit ihr erreichen lassen, ohne das Recht sich die Früchte derselben anzueignen[1]. Das Gebrauchsrecht unterscheidet sich von dem Nießbrauch nicht allein durch seinen geringeren Umfang, sondern auch dadurch, daß es den Gebrauch als solchen zum Gegenstand hat, während beim Nießbrauch der Gebrauch nur als Bestandtheil des Nutzens der Sache auftritt. Daraus erklärt sich, daß wer bloß ein Gebrauchsrecht hat, auch nicht einmal die Ausübung des Gebrauches einem Andern überlassen kann, während der Nießbraucher dazu allerdings befugt ist[2]. Denn einen Andern gebrauchen lassen heißt nicht, gebrauchen; genützt aber wird die Sache auch in der Ueberlassung des Gebrauchs.

Jedoch ist derjenige, dem ein Gebrauchsrecht verliehen ist, nicht nothwendig auf den bezeichneten Inhalt beschränkt; er kann in einem gegebenen Fall sehr wohl auch ein mehr oder minder umfassendes Fruchtgenußrecht, so wie die Befugniß der Ueberlassung des Gebrauchs an einen Andern haben. Es ist nämlich möglich, daß der Verleihende mehr gewollt hat, als die Ausdrücke Gebrauchsrecht, Gebrauch besagen; in diesem Falle ist die Auslegung vollkommen befugt, dem unvollkommenen Ausdruck gegenüber den wahren Willen des Verleihenden zur Geltung zu bringen, und hier um so mehr, als sie es regelmäßig mit einer letztwilligen Verleihung zu thun haben wird[3]. In diesem Sinne

---

* Inst. 2. 5 D. 7. 8 de usu et habitatione. — Bechmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach römischem Recht (1861). (Darüber Scheurl in der krit. VJSchr. III S. 298—309.) Glück IX S. 430 fg.; Böcking §. 167, Sintenis I §. 60.

[1] L. 2 pr. D. h. t. „Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest". L. 1 §. 1 eod: „nudus usus, i. e. sine fructu". L. 12 §. 3 l. 14 pr. eod. §. 207.

[2] §. 1—3 I. h. t., l. 8 pr. l. 11. 12 §. 6 D. h. t.

[3] S. §. 84 Note 7. 11. L. 12 §. 2 D. h. t.: — „neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum"; l. 4 pr. eod.: — „non erit ei invidendum".

geben die Quellen folgende Entscheidungen. Derjenige, welchem der Gebrauch eines Hauses hinterlassen worden ist, darf nicht bloß selbst in dem Hause wohnen, sondern auch seine Familie, und die zu ihm gehörigen Personen, selbst einen Gast darin aufnehmen; er darf sogar das ihm Ueberflüssige vermiethen[4]. Ist Jemandem der Gebrauch eines Landgutes vermacht worden, so hat er nicht bloß die Befugniß, dasselbe zu bewohnen, sondern auch die Befugniß, von den Früchten desselben für sein und der Seinigen und seiner Gäste Bedürfniß zu nehmen[5]. Das Vermächtniß des Gebrauches an einem Wald wird geradezu als Nießbrauch ausgelegt, weil an einem Walde ein bloßer Gebrauch gar nicht möglich ist[6].

---

[4] L. 2 §. 1 — l. 8 D. h. t., vgl. auch l. 9 eod. L. 4 §. 1 cit. „Mulieri autem si usus relictus est, posse eam et cum marito habitare, Q. Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo".

[5] L. 10 §. 4 — l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t.

[6] L. 22 pr. D. h. t. „D. Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia, nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato". Auch der usus verbrauchbarer Sachen wird von ususfructus nicht unterschieden, l. 5 §. 2 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. — Außer den im Vorigen genannten Entscheidungen ist noch die der l. 12 §. 2 h. t. zu bemerken: wer den Gebrauch einer Schafheerde hat, darf dieselbe zum Zwecke des Düngens auf seinen Acker treiben, aber er darf auch „modicum lac", von derselben nehmen. Vgl. auch l. 12 §. 4 D. h. t. — Uebrigens ist die im Texte gegebene Erklärung der angeführten Quellenentscheidungen weit davon entfernt, die allgemein anerkannte zu sein. Von jeher hat man sich bemüht, diese Quellenentscheidungen aus dem Begriff des usus herzuleiten, und den Begriff des usus demgemäß zu bestimmen. Die früher herrschende Ansicht ging dahin, der usus unterscheide sich von dem ususfructus nicht durch die Art des Nutzens, welchen er gewähre, sondern durch das Maß; der usus sei der fructus mit Beschränkung auf die Nothdurft der berechtigten Person. Dieser Ansicht trat Thibaut (Versuche I. 3 [1798]) entgegen, indem er die hier vertheidigte zur Geltung brachte. Im Princip kehrte zu der früheren Auffassung zurück Puchta (Instit. II S. 780—781. Pand. §. 179. 180), so jedoch, daß er die Beschränkung des usus nicht in die Nothdurft des Berechtigten setzte, sondern einerseits in das persönliche Bedürfniß desselben (im Gegensatz zu dem Bedürfniß anderer Personen), andererseits in den Ausschluß des Umsatzes der Nutzung in andere Werthobjecte durch Ueberlassung der Nutzung an Andere. Scheurl (Zeitschr. f. gesch. RW. XV.

Die Beschränkungen, welchen das Recht des Nießbrauches unterliegt[7], gelten noch viel mehr beim Gebrauchsrecht, und ebenso sind die mit dem Gebrauchsrecht verbundenen Verpflichtungen[8] die nämlichen, wie bei dem Nießbrauche[9]; nur trägt der Gebraucher die Kosten und Lasten der Sache bloß nach Maßgabe des Nutzens, welchen er von der Sache hat[10]. Endlich ist auch die Cautionspflicht die gleiche[11].

---

2 [1850]) suchte die Scheidung zwischen usus und fructus darin, daß der erste den Erwerb der Früchte zu bleibendem Gewinn ausschließe (vgl. namentlich S. 34. 41). Damit stimmt in der Sache Elvers a. a. O. überein; über die Auffassung Böcking's s. denselben II S. 236—239 und §. 167. Der neueste hierher gehörige Versuch ist in der oben angeführten Schrift von Bechmann enthalten; nach diesem Schriftsteller liegt das Wesen des usus darin, daß er den Erwerb des Eigenthums an den Früchten ausschließt, nicht aber den Verbrauch derselben, und dieser Ansicht ist denn auch Scheurl in der Recension jener Schrift (s. ob.) beigetreten. Meiner Ansicht nach reichen alle diese Begriffsbestimmungen zur Erklärung der Quellenentscheidungen nicht aus, wie denn auch namentlich Bechmann den muthmaßlichen Willen des Verleihenden in ausgedehntem Maße zur Hülfe nimmt (vgl. §. 11. 13, und zu S. 51 fg. Scheurl Rec. S. 303 ob.). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Arndts §. 182 Anm. 2, Rudorff zu Puchta §. 180. b, und im Wesentlichen, obgleich er es für ungenügend erklärt, auch Schönemann §. 11. 12. 25. — Faßt man das Gebrauchsrecht auf, wie hier geschehen, so ist auch die oft aufgeworfene Frage erledigt, ob die römische Lehre vom usus heutzutage noch praktisch sei. Sie wäre es nicht, wenn nach der hier verworfenen Ansicht der römische Ausdruck usus irgend einen besonderen Sinn hätte, welcher dem deutschen Ausdruck Gebrauch nicht entspräche; sie ist praktisch, weil die Römer unter Gebrauch nichts Anderes verstehen, als wir unter usus, und daher auch die Auslegung des deutschen Ausdrucks zu keinen andern Resultaten führt, als die des römischen. Vgl. über die Frage Savigny Beruf unserer Zeit S. 100 fg., Puchta §. 180. a, Arndts §. 182 Anm. 3. 4, Sintenis I §. 60 Note 2, Bechmann S. 86 fg., Cohnfeld irreguläre Servituten S. 31.

[7] S. §. 203 Note 10—14.

[8] S. §. 204 Note 2. 3. 5.

[9] Beides geht schon daraus hervor, daß die von dem Gebraucher zu leistende cautio denselben Inhalt hat, wie die des Nießbrauchers, l. 5 §. 1 l. 11 D. usufr. quemadm. 7. 9, vgl. überdieß l. 15 §. 1 l. 22 §. 2 l. 23 D. h. t., l. 13 §. 2 i. f. D. de usufr. 7. 1.

[10] L. 18 D. h. t.

[11] S. Note 9.

Im Gegensatz zum Nießbrauch ist das Gebrauchsrecht ein untheilbares Recht[12].

Habitatio und operae*.

§. 208.

Das römische Recht enthält noch den Satz, daß, wenn Jemandem eine „habitatio“ vermacht worden sei, das ihm verliehene Recht weder durchaus nach den Grundsätzen des Nießbrauches, noch durchaus nach denen des Gebrauchsrechts beurtheilt werden dürfe; der Berechtigte habe die Befugniß, zu wohnen, aber auch zu vermiethen, nur nicht unentgeltlich die Wohnung zu überlassen[1], und verliere sein Recht nicht durch Nichtgebrauch (und capitis diminutio)[2]. Was die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den Fall des Vermächtnisses einer „Wohnung“, „freier Wohnung“ angeht, so fehlt es für die Anwendung der römischen Bestimmung über den Inhalt des Rechts, welcher doch nur aus der Willensmeinung des Verleihenden entnommen werden kann, an allem Anhalt[3]; die Anwendbarkeit der römischen Bestimmung über den Nichtuntergang des Rechts durch Nichtgebrauch wird aber nicht bestritten werden dürfen, insofern der Grund derselben ohne Zweifel in der Alimentennatur liegt, welche eine solche Verleihung auch bei uns regelmäßig haben wird[4].

---

[12] L. 19 D. h. t. „Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus“. Das Gebrauchsrecht ist deßwegen untheilbar, weil es weder einen theilbaren Ertrag gewährt, noch in Geld umgesetzt werden kann. Vgl. §. 205 zweit. Absatz, Bechmann S. 90—100 und dazu Scheurl Rec. S. 306. [Siebenhaar Correalobligat. S. 189 fg.]

* Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1814). Elvers §. 60. 61. Glück IX S. 455 fg.; Böcking §. 168, Sintenis I S. 566.

§. 208. [1] §. 5 I. de usu et hab. 2. 5, l. 13 C. de usufr. et hab. 3. 33, l. 10 pr. §. 2. 3 D. de usu et hab. 7. 8.

[2] L. 10 pr. D. cit., l. 10 D. de cap. dim. 4. 5. — Im Uebrigen sind die Grundsätze die gleichen. Vgl. l. 5 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9.

[3] Wer einem Andern eine „Wohnung“, „freie Wohnung“ gibt, will, daß derselbe selbst solle wohnen dürfen (Gebrauchsrecht); vielleicht will er, daß er allen Nutzen von der Wohnung solle ziehen dürfen (Nießbrauch); aber jenes Mittlere will er gewiß nicht.

[4] D. h. es soll damit dem unmittelbaren Bedürfniß des Bedachten ab-

In gleicher Weise läßt das römische Recht auch durch das Vermächtniß der Dienste eines (Sclaven oder) Thieres[5] eine persönliche Dienstbarkeit besonderer Art[6] entstehen. Der Berechtigte soll die Dienste nicht bloß selbst benützen, sondern auch vermiethen dürfen[7], ohne daß ihm unentgeltliche Ueberlassung untersagt wäre; Untergang durch Nichtgebrauch (und capitis diminutio) ist auch hier ausgeschlossen[8]. Heutzutage wird dem Vermächtnisse der Dienste eines Thieres keine andere Bedeutung beigelegt werden dürfen, als dem Vermächtniß des Gebrauchs eines Thieres[9].

B. Die Grunddienstbarkeiten*.

1. Allgemeines**.

§. 209.

1) Eine Grunddienstbarkeit ist diejenige Dienstbarkeit, welche bestimmt ist, den Interessen eines Grundstücks zu dienen (§. 201

---

geholfen werden. S. Savigny II S. 110—113 und l. 8 pr. §. 1 D. de transact. 2. 15, auch l. 10 D. de cap. min. 4. 5. Zu vergleichen noch Sintenis a. a. O. Anm. 5.

[5] L. 5. §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9.

[6] L. 1 §. 9 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „operis servi legatis, cum neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur . .“. Vgl. aber auch l. 5 D. de op. servi 7. 7. [Mommsen in seiner Ausgabe streicht in l. 1 §. 9 cit. das erste neque.]

[7] L. 2 D. de usu et usufr. 33. 2.

[8] L. 2 D. de op. servi 7. 7, l. 2 D. de usu et usufr. 33. 2. — Früher lehrte man allgemein, daß das Recht auch auf die Erben des Berechtigten übergehe. Aber l. 2 D. de usu et usufr. 32. 2 sagt das nicht von dem durch das Vermächtniß zu begründenden Recht, sondern von dem Vermächtniß selbst. Buchholtz Versuche Nr. 16, Böcking §. 168 Note 39; vgl. aber auch Unterholzner Verjährungslehre II S. 207 Note *.

[9] Vgl. Sintenis a. a. O. Anm. 6.

* Inst. 2. 3 de servitutibus praediorum. Dig. 8. 1 de servitutibus. 8. 2 de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 3 de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 4 communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. Cod. 3. 34 de servitutibus et aqua. — Elvers §. 15—19. 36—49. Glück X S. 1 fg.; Böcking §. 169—171, Sintenis I §. 61—63.

** Zachariae in Hugo's civ. Magaz. II. 15 (1797). Schrader in seinen civilistischen Abhandlungen Nr. 5 (1816). Vangerow I §. 340.

Num. 2). In Folge davon ist sie mit dem Grundstücke unzertrennlich verbunden, so daß sie einerseits ohne das Grundstück nicht veräußert werden kann, andererseits mit demselben nothwendig auf jeden neuen Erwerber übergeht[1]. Kraft dieser Unzertrennlichkeit erscheint sie als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück[2]; eine andere Vorstellung, welche sich in Betreff der Grunddienstbarkeit in den Quellen findet, ist die, daß sie eine werthsteigernde Eigenschaft des herrschenden Grundstücks sei[3].

2) Gegenstand einer Grunddienstbarkeit kann nur ein Grundstück sein[4]; ihren Inhalt kann nur bilden, was dem Grundstücke als solchem, nicht, was nur der Person des Eigenthümers von Werth ist[5]. Dem Grundstücke ist aber von Werth nicht

---

§. 209. [1] L. 36 D. de S. P. R. 8. 3, l. 47 D. de contr. emt. 18. 1, l. 20 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1.

[2] So läßt sich verstehen l. 5 §. 9 D. de O. N. N. 39. 1: — „posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit" — obgleich es doch nicht nothwendig ist, „ius" auf Eigenthumsrecht zu deuten. Jedenfalls darf man nicht glauben, daß diese Auffassung anders, als vereinzelt auftrete; wäre sie unbedingt durchgeführt, so wäre ja damit die Grunddienstbarkeit als besonderes Rechtsverhältniß geleugnet. Deßwegen thut Bachofen Pfandrecht I S. 97 fg. gewiß Unrecht, wenn er die Bestimmung des Wesens der Grunddienstbarkeit daher entnimmt, daß sie eine Qualität des Eigenthums am herrschenden Grundstück sei. (Seine Meinung ist näher: sowie beim Nießbrauch das Eine Eigenthumsrecht von zwei Berechtigten ausgeübt wird [§. 200 Note 3 g. E.], so wird bei der Grunddienstbarkeit die Sache einem zweiten Eigenthumsrechte unterworfen.) Aehnlich Brinz S. 252. 253, indem er behauptet, die Grunddienstbarkeit habe als „Bestandtheil eines Grundeigenthums" „in Wesen und Inhalt die Art des Eigenthums"; wäre das wirklich der Fall, so müßte sie ja auch z. B. durch Nichtgebrauch nicht untergehen.

[3] L. 86 D. de V. S. 50. 16. „Quid aliter sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo". L. 12 D. quemadm. serv. 8. 6.

[4] Es wird in den Quellen bezeichnet als praedium quod servitutem debet, praedium serviens, servum (z. B. l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 20 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1).

[5] L. 8 pr. l. 15 pr. D. de serv. 8. 1, l. 19 D. eod. Dem Grundstücke als solchem ist von Werth, was „praedii meliorem causam [facit]" (l. 6 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3), d. h. was den Gebrauch und die Benützung desselben fördert oder annehmlicher macht (Note 6). Wo hier die Grenze ist, kann im einzelnen Falle schwer zu bestimmen sein, und so läßt sich z. B. wohl

bloß, was ihm nutzt, sondern auch, was seine Annehmlichkeit steigert[6].

3) Auch was dem Grundstück von Werth ist, kann nicht ohne Ausnahme den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden, sondern nur dasjenige, was ein dauerndes Interesse desselben zu befriedigen geeignet ist[7]. In gleicher Weise muß auch die Kraft des dienenden Grundstücks, durch welche das Bedürfniß des herrschenden befriedigt wird, eine dauernde sein[8].

---

bezweifeln, ob die in l. 8 pr. cit. genannten Beispiele unzulässiger Grunddienstbarkeiten („ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cenare in alieno possimus") auch für das heutige Recht unmittelbar maßgebend seien. Wird nicht das Bewohnen eines Hauses durch das Recht auf Benützung eines benachbarten Gartens annehmlicher gemacht, und dadurch sogar der Miethwerth des Hauses gesteigert? Anders freilich, wenn man sich Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts in Verbindung mit einem zur Fruchterzeugung bestimmten Grundstück denkt. Vielleicht hat l. 8 cit. nur diesen Fall im Auge gehabt. Vgl. Vangerow I §. 338 Anm. 2 Nr. 4. §. 340 Anm. 1, Elvers §. 16. Seuffert Arch. V. 142, VIII. 17.

[6] L. 3 pr. D. de aqua quot. 43. 20, vgl. l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 §. 1 D. si serv. 8. 5. Thibaut Versuche I. 1.

[7] L. 28 D. de S. P. U. 8 2. „Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur . . . . Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet". Vgl. l. 29 eod. Andere verstehen allerdings die l. 28 nicht von einer Dienstbarkeit, das Wasser auf des Nachbarn Grundstück ablaufen zu lassen, sondern umgekehrt von einer Dienstbarkeit auf Bezug des Wassers aus dem benachbarten Grundstück, oder von einer Dienstbarkeit auf Fortbestehen der Abflußöffnung (so daß das Grundstück, welches nach unserer Auffassung das herrschende ist, zum dienenden wird). Vgl. Schrader civ. Abhandl. S. 312—316, Elvers S. 152—158, Böcking §. 162 Note 54, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 263, Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 35 fg., Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. a.

[8] Die in der vorigen Note nicht abgedruckten Worte der citirten l. 28 lauten: „Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest". L. 1 §. 5 D. de aqua 43. 20, l. 1 §. 4 (vgl. §. 1) D. de fonte 43. 22, l. 23 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3; l. 9 D. eod. 8. 3, l. 2 D. comm. praed. 8. 4. Schrader a. a. O. S. 306—312. 317—318, Elvers S. 158—165,

4) Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit eines solchen räumlichen Verhältnisses zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück, daß das eine zu den Zwecken des andern benützt werden kann[9].

Schmidt (von Ilmenau) a. a. O. S. 262. 264, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. b. — Die heutige Anwendbarkeit der in dieser und der vorigen Note besprochenen Sätze ist vielfach angezweifelt worden, und namentlich hat sich Schmidt a. a. O. S. 264 auf das Lebhafteste dagegen erklärt. Er scheint mir zu weit zu gehen. Das Princip, daß dingliche Belastung unzulässig sei, wo es sich um Befriedigung eines nicht dauernden Interesse oder Benützung einer nicht dauernden Kraft handelt, daß man sich in diesem Falle auf obligatorischem Wege helfen müsse, scheint mir ein durchaus anerkennenswerthes zu sein, und keineswegs „ein Hemmniß der gesunden Entwicklung des Rechts". Nur wird man freilich bei der Durchführung dieses Princips an den Begriff der Dauer mehr oder minder strenge Anforderungen stellen können, und hier scheint mir der Punkt zu sein, wo die Praxis, gestützt darauf, daß sich bereits in dem römischen Recht eine Entwicklung bemerklich macht (l. 9 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. comm. praed. 8. 4), ein gutes Recht zu einer freieren Bewegung hat. So würde ich keinen Anstand nehmen, die specielle in dem ersten Theil der l. 28 D. de S. P. U. 8. 2 (Note 7) enthaltene Entscheidung für heutige Wohngebäude nicht zur Anwendung zu bringen; Wegschaffung des zur Reinigung der Gemächer gebrauchten Wassers ist ein Interesse, welches nicht heute oder morgen, sondern jeden Tag da ist. Aber wie wäre es z. B. wenn ein Eigenthümer, welcher Astronomie treibt, das Recht, auf des Nachbarn Grund und Boden astronomische Instrumente aufzustellen, als Grunddienstbarkeit erwerben wollte? Er würde immerhin sagen dürfen, daß durch dieses Recht der Gebrauch des Hauses ein annehmlicherer werde; aber er würde sich die Antwort gefallen lassen müssen, daß nicht abzusehen sei, wann sich nach ihm diese Annehmlichkeit wieder geltend machen werde. Das OAG. zu Cassel hat im Jahre 1854 entschieden (Seuff. Arch. VIII. 17), daß eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines Gewerbebetriebes auf dem herrschenden Grundstück bestellt werden könne, „sofern dieses selbst zu jenem Betriebe dergestalt eine bleibende Einrichtung erhalten hat, daß ein bleibendes Interesse bei dem Bestehen der Servitut ebenfalls für spätere Erwerber angenommen werden kann".

[9] Nichts anderes wollen die Quellen sagen, wenn sie für die Grunddienstbarkeit das Erforderniß eines „fundus vicinus" aufstellen. L. 5 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 §. 3 D. de alim. leg. 34. 1; l. 8 pr. D. de O. N. N. 39. 1; l. 38. 39 D. de S. P. U. 8. 2, l. 5. 6 pr. D. si serv. vind. 8. 5; l. 14 §. 2 D. de serv. 8. 1, l. 1 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 §. 2 D. de aqua et aquae 39. 3; l. 17 §. 3. 4 eod., l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 23 §. 3 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 7 §. 1 eod.; l. 17 §. 2. 3 de aqua et aquae 39. 3, l. 38 D. de S.

5) Das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks ist bestimmend nicht bloß für den Inhalt der Dienstbarkeit, sondern auch für das Maß ihrer Ausübung[10]. Außerdem aber gilt für die Ausübung der Dienstbarkeit noch der Grundsatz, daß die Ausübung mit möglichster Schonung des Eigenthums zu geschehen hat[11].

6) Die Grunddienstbarkeit nimmt, wie die persönliche, dem Eigenthümer keine Befugniß, deren Ausübung der Dienstbarkeit nicht hinderlich ist[12], daher auch an und für sich nicht die Befugniß zu der nämlichen Art des Gebrauches der Sache, wie diejenige ist, zu welcher die Dienstbarkeit berechtigt[13]. Unter der bezeichneten Voraussetzung kann der Eigenthümer auch neue

---

P. R. 8. 3. Elvers §. 18, Schrader S. 321—334, Sintenis I §. 61 Anm. 8, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 20, [XX. 107].

[10] L. 5 §. 1 l. 6 D. de S. P. R. 8. 3, l. 24. 33 §. 1 eod. L. 5 §. 1 cit. „Neratius . . dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit". L. 6 pr. cit. „Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportaretur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usufructus erit". Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1. [Seuff. Arch. XX. 108, XXI. 20, XXII. 119 (S. 179), XXIII. 16.]

[11] Civiliter, wie die Quellen sagen. So darf, wer eine Wegegerechtigkeit hat, nicht „per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere, . . cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento", l. 9 D. de serv. 8. 1. L. 20 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 13 §. 1. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3 §. 5 D. de aqua quot. 43. 20. Vgl. Seuff. Arch. II. 140, VI. 7. 13, X. 15, XV. 103. 104. 203, XVI. 14, XVII. 9, XVIII. 211.

[12] Vgl. Seuff. Arch. V. 256, IX. 269, XI. 122. 123. 124, XII 7. 128, XIV. 210, XVIII. 211, XIX. 215. Im Besondern über die Collision zwischen Weiderecht und Forstcultur: I. 13. 14. 182. 320, IV. 102, V. 143, VI. 314, VII. 288, IX. 135, XVII. 10, XVIII. 16. 119, [XXI. 21. 22. 103].

[13] So nicht die Wegegerechtigkeit die Befugniß zum Gehen, die Weidegerechtigkeit nicht die Befugniß, eigenes Vieh auf die Weide zu treiben. Reichen aber die Kräfte der dienenden Sache zur Befriedigung Beider, des Eigenthümers und des Dienstbarkeitsberechtigten, nicht aus, so steht der Eigenthümer zurück, und es tritt nicht etwa Theilung zwischen ihm und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein. Das Gegentheil ist namentlich für die Weidegerechtigkeit ohne Grund behauptet worden; s. dagegen Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 4.

Dienstbarkeiten, und auch Dienstbarkeiten der gleichen Art, an der Sache bestellen[14].

7) Die Grunddienstbarkeit ist nicht bloß dem Rechte nach von dem herrschenden Grundstücke unzertrennlich, es kann auch ihre Ausübung ohne dasselbe nicht einem Andern überlassen werden[15].

8) Grunddienstbarkeiten sind untheilbare Rechte[16], d. h. ein Bruchtheil einer Grunddienstbarkeit ist ein Ding ohne rechtliche Existenz, so daß ein solcher Bruchtheil weder erworben[17] noch

---

[14] L. 12 §. 1. 2 l. 14 D. de S. P. R. 8. 3, l. 15 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 D. de aqua quot. 43. 20. [Seuff. Arch. XXII. 119 (S. 177).]

[15] L. 44 D. loc. 19. 2. „Locare servitutem nemo potest". L. 24 D. de S. P. R. 8. 3. Seuff. Arch. XIV. 12, [XXII. 119 (S. 179)] Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 252 fg.

[16] L. 17 D. de serv. 8. 1, l. 7 D. de serv. leg. 33. 3, l. 1 §. 9 l. 7 l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 2 §. 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4, Fragm. S. Pomponii im Bonner Corpus iuris p. 168 und bei Huschke p. 73 („Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat"). Der Grund der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten ist der gleiche, wie beim Gebrauchsrecht; sie können weder in Geld umgesetzt werden, noch gewähren sie einen reell theilbaren Ertrag (vgl. §. 207 Note 12 und §. 205 zweit. Abs.). Einen reell theilbaren Ertrag gewähren auch diejenigen Grunddienstbarkeiten nicht, welche auf Beziehung eines gewissen Maßes von Früchten des dienenden Grundstücks gehen, weil das Bezogene zum Besten des herrschenden Grundstücks verwendet werden muß. — Vgl. über diese Lehre Schrader a. a. O. S. 284—306, Schönemann a. a. O. S. 110—114, Böcking §. 162 f—k, Brinz §. 76, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 1; sodann die Abhandlung von Kori in Elvers Themis I. 17 (1828) und die Inauguraldissertationen von Uhland (Tübingen 1810), Girtanner (Heidelberg 1847) und Heinzelmann (München 1854; dazu Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 546 fg.); ferner die Schriften über Untheilbarkeit der Obligationen von Rubo (1822) S. 39 fg., von Scheurl (Inauguralabhandl. 1835) S. 60 fg., Ubbelohde (1862) §. 2. 8; endlich Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 128—170. [Siebenhaar Correalobligat. S. 195 fg.]

[17] Servitus per partes acquiri non potest, l. 8 §. 1 D. de serv. 8. 1, l. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. comm. praed. 8. 4. Daher ist Bestellung einer Dienstbarkeit durch einen der mehreren Miteigenthümer des dienenden Grundstücks ganz nichtig; ebenso aber auch der Erwerb durch einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden. L. 11. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 5. 6 §. 1 l. 18 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5, l. 3 D. de serv. leg. 33. 3. Weil eine Dienstbarkeit zu einem Bruchtheil nicht geleistet werden kann, ist auch eine Obligation auf eine solche Leistung

verloren werden[18] kann. Wird das herrschende Grundstück getheilt, so folgt die Dienstbarkeit ungetheilt einem jeden der neu entstandenen Grundstücke[19].

§. 210.

Das Grundstück, dessen Bedürfnisse die Grunddienstbarkeit zu befriedigen bestimmt ist, kann entweder ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück sein. Da die Bedürfnisse eines Feldgrundstücks im Ganzen andere sind, als die eines Gebäudegrundstücks, so werden die an Feldgrundstücke angeknüpften Dienstbarkeiten regelmäßig einen andern Inhalt haben, als die an Gebäudegrundstücke angeknüpften, ohne daß Uebereinstimmung des Inhalts absolut ausgeschlossen wäre[1]. Jenachdem der Inhalt einer

---

nichtig, l. 11. 17 D. de serv. 8. 1, l. 19 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 §. 1 l. 72 pr. l. 136 §. 1 l. 140 §. 2 D. de V. O. 45. 1.

[18] Servitus per partes retinetur, l. 8 §. 1 de serv. 8. 1, l. 30 §. 1 D. de S P. U. 8. 2, l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist der Verzicht des einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks ganz wirkungslos, und schadet es nicht, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden wird, oder der Eigenthümer des dienenden Miteigenthümer des herrschenden, l. 8 §. 1 D. de serv. 8. 1, l. 30 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 27. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist ferner ganz wirkungslos der theilweise Erlaß der Obligation auf Begründung einer Grunddienstbarkeit, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4. Ferner: durch die Anwendung der lex Falcidia kann das Vermächtniß einer Grunddienstbarkeit nicht theilweise gemindert werden, l. 1 §. 9 l. 7 l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. Vgl. auch noch die interessante Entscheidung in l. 31 D. de S. P. R. 8. 3.

[19] L. 23 §. 3 l. 25 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. Vgl. außer den oben Citirten noch Elvers §. 11. Seuff. Arch. XVIII 18, vgl. 19. 20. [Seuff. Arch. XXII. 119 (S. 178. 179).]

[1] Die Wegegerechtigkeiten z. B. werden regelmäßig Feldgrundstücken zustehen, nicht Gebäudegrundstücken, da die letzteren mit seltenen Ausnahmen an der öffentlichen Straße liegen werden; aber das Gegentheil ist doch nicht ausgeschlossen, und daher eine Wegegerechtigkeit möglich auch bei Gebäudegrundstücken, wie sie denn bei solchen in den Quellen wirklich erwähnt wird (l. 20 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 7. §. 1 D. comm. praed. 8. 4). Ebenso verhält es sich mit der Wasserleitungsgerechtigkeit (l. 1 §. 11 D. de aqua quot. 43. 20 [über l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2 s. die folgende Note]). Umgekehrt wird z. B. das Recht, einen Bau auf dem benachbarten Grundstück untersagen zu dürfen (servitus non altius tollendi), regelmäßig nur als Recht

Dienstbarkeit regelmäßig bei Feldgrundstücken sich findet, oder regelmäßig bei Gebäudegrundstücken, wird sie selbst passend als Feld- oder Gebäudedienstbarkeit bezeichnet[2]. — Mit Zugrundelegung dieser Unterscheidung soll im Folgenden von den einzelnen

---

eines Gebäudegrundstücks auftreten; aber es ist nicht abzusehen, warum nicht auch der Eigenthümer eines Feldgrundstücks für dasselbe ein solches Recht sollte erwerben können, wenn durch den Bau ihm Sonne oder Licht würde entzogen werden.

[2] In den Quellen finden sich die Ausdrücke: servitutes praediorum rusticorum — urbanorum, oder auch kürzer: servitutes rusticae — urbanae. Ob aber diese Ausdrücke den im Texte bezeichneten Begriffen entsprechen, ist bestritten, und nicht unzweifelhaft. Zwar die früher von Manchen (vgl. Glück IX S. 21) vertheidigte Meinung, daß diese Ausdrücke von der Qualität des dienenden, nicht des herrschenden Grundstücks hergenommen seien, ist jetzt fast vollständig aufgegeben (vgl. jedoch Luden Lehre von den Servituten §. 15). Dagegen wird auch heutzutage noch ein lebhafter Streit darüber geführt, ob diese Ausdrücke bloß die Thatsache, daß eine Dienstbarkeit einem Feld- oder einem Gebäudegrundstück zusteht, oder ob sie eine gewisse Verschiedenheit des Inhalts der Dienstbarkeiten bezeichnen wollen. Die erste Meinung, von welcher wohl die Meisten ausgehen, wenn sie dieselbe auch nicht immer durchführen, ist in der neueren Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit von Böcking (§. 161. e—g. Note 32 und Anh. I) vertheidigt worden, und die gleiche Ansicht vertritt auch Brinz §. 70 und der Verfasser der jüngsten Abhandlung über diesen Gegenstand, Kindervater in Jahrb. d. gem. R. VI. 4 (1862, dieser Letztere jedoch mit einer bedeutenden Schwenkung, S. 138. 139). Nach dieser Ansicht wäre z. B. eine Wegegerechtigkeit servitus praedii rustici, wenn sie einem Feldgrundstück, servitus praedii urbani, wenn sie einem Gebäudegrundstück zusteht. Zu der entgegengesetzten Meinung bekennt sich namentlich Vangerow I §. 339 Anm. Nr. II, indem er nach dem Vorgang Aelterer (namentlich Stever de servitutibus praediorum I §. 8. 9 [1817]) den Satz aufstellt, servitutes rusticae seien diejenigen, welche das Recht zu einem facere, servitutes urbanae diejenigen, welche das Recht zu einem habere (z. B. servitus tigni immittendi) oder zu einem prohibere gäben (genau genommen sagt Vangerow nicht sowohl, daß die servitutes rusticae und urbanae Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts seien, als vielmehr, daß sie mit den Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts „zusammenfallen"). Ferner gehört hierher v. d. Pfordten (Arch. f. civ. Pr. XXII. 2 [1839]), welchem im Wesentlichen Sintenis I §. 61 Note 14 gefolgt ist; nach diesen Schriftstellern ist servitus praedii urbani diejenige, welche ihrem Inhalt nach ein Gebäude, gleichviel übrigens ob als herrschendes oder dienendes Grundstück, voraussetzt, servitus praedii rustici diejenige, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen kann. Vgl. auch Ihering Geist des röm. R. II S.

Grunddienstbarkeiten gehandelt werden. Es versteht sich jedoch von selbst, daß dieß nur in dem Sinne geschehen kann, um auf die wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Grunddienstbarkeiten aufmerksam zu machen, nicht aber in dem Sinne, als sollten alle möglichen aufgezählt werden. Eine vollständige Aufzählung aller möglichen Grunddienstbarkeiten läßt sich gar nicht geben, da es der Privatwillkür unbenommen bleibt, innerhalb der gesetzlichen Schranken an neuen Dienstbarkeiten zu erfinden, was ihr passend erscheint.

---

235 Note 358 (in der 2. Ausg. S. 315 Note 257). — Meiner Meinung nach gewähren die Quellen ein ganz unzweifelhaftes Resultat nicht. Während Stellen, wie §. 1. 3 I. de serv. 2. 3, l. 1 D. eod., l. 1 §. 1 D. comm. praed. 8. 4 jeden Gedanken daran, daß die Qualität des dienenden Grundstücks entscheidend sei, ausschließen, kann l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2 nur sehr gezwungen anders verstanden werden, als daß es gerade auf dieses ankomme, und während pr. §. 2 I. de serv. 2. 3 die Dienstbarkeiten geradezu nach ihrem Inhalt in die verschiedenen Klassen einordnen, bezeichnet l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 2 als servitutes praediorum rusticorum solche, welche nach jener Einordnung servitutes praediorum urbanorum sind, so daß der Sinn dieser Stelle nur der sein kann, diese Dienstbarkeiten könnten auch Feldgrundstücken zustehen, und demgemäß auch servitutes praediorum rusticorum sein, vgl. auch l. 1 pr. §. 1 D. de itinere 43. 19. Hiernach wird man zugeben müssen, daß die fraglichen Ausdrücke in den Quellen in wechselndem Sinne gebraucht werden, und so bin ich auch weit davon entfernt, sie als feste technische Bezeichnungen für die im Texte aufgestellten Begriffe in Anspruch zu nehmen; ich behaupte nur, daß sie passende Bezeichnungen für diese Begriffe sind, und daß es den römischen Juristen nahe liegen mußte, diese Begriffe durch sie zu bezeichnen. Uebrigens könnte die ganze Frage nach der Bedeutung dieser Ausdrücke füglich auf sich beruhen bleiben, wenn sich nicht an den Gegensatz zwischen den servitutes praediorum rusticorum und urbanorum auch eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung anknüpfte, was zwar Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae (1844) und nach ihm Elvers §. 37—40 leugnen, aber, wie sich unten (§. 216) zeigen wird, mit Unrecht. Wo nun ein Rechtssatz auftritt, welcher nur für die eine Klasse gelten will, und nicht für die andere, ist es freilich nothwendig, genau zu bestimmen, welche Dienstbarkeiten zu der einen und welche zu der andern gehören; aber es liegt auf der Hand, daß die Lösung dieser Aufgabe in fruchtbringender Weise eben auch nur mit Rücksicht auf die Besonderheit des betreffenden Rechtssatzes unternommen werden kann. — Mit der hier vertheidigten Auffassung hängt es auch zusammen, wenn man früher von unregelmäßigen Prädialservituten sprach, und lehrte, daß eine serv. praedii

2. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten*.

a. Felddienstbarkeiten*.

§. 211.

Unter den Felddienstbarkeiten sind die wichtigsten die Wege-, die Wasser- und die Weidegerechtigkeiten. — Unter den Wegegerechtigkeiten[1] ist der Hauptunterschied der, ob sie das Recht auf eine hergerichtete Straße gewähren[2], so daß ein Theil des dienenden Grundstücks jeder sonstigen Benützung entzogen wird, oder ob sie das Recht auf eine solche Ausscheidung eines Theils des dienenden Grundstücks nicht gewähren. In dem einen und dem andern Fall kann der Umfang, in welchem die Benützung des fremden Raums gestattet ist, noch ein verschiedener sein; maßgebend für diesen Umfang ist die Willenserklärung, durch welche die Dienstbarkeit begründet worden ist[3], im Fall der Begründung

---

rustici auch als serv. praedii urbani auftreten könne, und umgekehrt; mit dem Einen und dem Andern meinte man, daß eine Servitut, welche gewöhnlich nur Feldgrundstücken zustehe, und deßwegen serv. praedii rustici sei, auch bei Gebäudegrundstücken vorkommen könne, und umgekehrt. Vgl. R. Cohnfeldt die s. g. irregulären Servituten nach Römischem Recht (1862) S. 81 fg.

* Dig. 8. 3 de servitutibus praediorum. — Elvers §. 42—44. Glück X S. 139—205; Böcking II §. 170, Sintenis I §. 63, Vangerow I §. 341.

§. 211. [1] Puchta über die Wegservituten des römischen Rechts, civilistische Abhandlungen Nr. 3 und kl. civil. Schriften Nr. 4 (1832), Elvers §. 42, Keller §. 165, Holzschuher II §. 113. Vgl. zu dem Folgenden: pr. I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. l. 7 pr. D. h. t., l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4, l. 4 §. 1 l. 5 §. 1 de serv. 8. 1, l. 14 C. eod. 3. 34. Ueber l. 4 §. 1 D. si serv. 8 5 und l. 1 D. de adim. leg. 34. 4 s. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Böcking a. a. O. Note 21.

[2] Eine hergerichtete Straße nennen die Römer via.

[3] Diese Willenserklärung muß in Gemäßheit der allgemeinen Regeln (§. 84) ausgelegt werden. Steht es fest, daß eine Straße gemeint ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieselbe zu jedem Gebrauch hat eingeräumt werden sollen, zu welchem Straßen benützt zu werden pflegen, also nicht bloß zum Gehen, sondern auch zum Reiten, Fahren, Viehtreiben. Die Quellen heben noch ausdrücklich hervor das Recht zum trahere (z. B. Steine und Balken) und hastam rectam ferre (darüber Vangerow a. a. O. Nr. 3. b, und die daselbst Citirten, Böcking a. a. O. Note 29). Ist eine Straße nicht gemeint, so hängt

der Dienstbarkeit durch Verjährung die Thatsache der Ausübung. Ist bei der Verleihung einer Straße deren Breite nicht bestimmt worden, so kann nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts eine Straße gefordert werden, welche in gerader Linie 8, an der Kehre 16 (römische) Fuß breit ist[4]. Auch an einer Wasserfläche kann eine Wegegerechtigkeit stattfinden[5]. — Als Formen der Wassergerechtigkeiten werden in den Quellen erwähnt: die Wasserleitungs-[6], die Wasserschöpf-[7], die Viehtränkgerechtigkeit[8]. — Die Weidegerechtigkeit hat ihre besondere Wichtigkeit und so auch ihre besondere rechtliche Ausbildung erst in Deutschland erhalten[9]; im römischen Recht tritt sie keineswegs in den Vordergrund[10].

---

es von den gebrauchten Ausdrücken (Fußweg, Fahrweg, Viehtrift ꝛc.) ab, wie weit die Befugniß des Berechtigten geht. Die römischen Bestimmungen über den Inhalt von „iter“ und „actus“, daß im iter auch das Recht, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, im actus auch das Recht, mit Wagen zu fahren, enthalten sei, sind als solche heutzutage unanwendbar; für uns kann nur die Willensmeinung des Verleihenden entscheidend sein, und wer möchte z. B. behaupten, daß der einen „Fußweg“ Einräumende im Zweifel auch das Recht zu reiten haben verleihen wollen? Doch sind die Meinungen hierüber getheilt. Vgl. Sommer Arch. f. civ. Pr. III. 20 (1820), Gensler das. IV. 20 (1821), Seuffert Erörterungen II S. 56. 57. S. IV—XIV (1821), Puchta §. 185. f, Arndts §. 186 Anm. 2. a, Keller S. 322, Sintenis I §. 63 Note 14—16, Vangerow a. a. O. Nr. 4 a. E. Seuff. Arch. I. 180, IV. 13, V. 5, X. 136, XII. 127, XVII. 213, XVIII. 121.

[4] L. 8. 13 §. 2. 3 l. 23 pr. D. h. t.

[5] Servitus navigandi, l. 23 §. 1 D. h. t.

[6] Servitus aquaeductus s. aquae ducendae (pr. I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. D. h. t.), entweder nur als Recht, ein fremdes Grundstück zur Leitung des Wassers zu benützen (iter aquae), oder auch als Recht, das auf fremdem Grundstück befindliche Wasser auf unser Grundstück herüberzuleiten, l. 15. 21. 22 D. h. t., l. 8. 17 pr. §. 1 D. de aqua et aquae 39. 3, Dig. 43. 20 de aqua quotidiana et aestiva). Ueber die Wassergerechtigkeiten vgl. Keller §. 166.

[7] Servitus aquae haustus s. aquae hauriendae, §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 2 §. 1. 2 l. 3 §. 3 l. 5 §. 1 l. 9. 20 §. 3 D. h. t., l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 14 §. 2 D. de serv. 8. 1.

[8] Servitus pecoris ad aquam appulsus s. appellendi, §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 4. 5 §. 1 l. 6 i. f. D. h. t., l. 1 §. 18 D. de aqua quot. 43. 20.

[9] Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechtes von Eichhorn §. 179—182, Mittermaier I §. 168—170, Gerber §. 145. 146, Beseler §. 193, Holzschuher II §. 114.

[10] Erwähnt wird sie (servitus pascendi s. pascui) in §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1. §. 1 l. 3 pr. l. 4 l. 6 §. 1 D. h. t.

Andere in den Quellen erwähnte Felddienstbarkeiten sind: das Recht, Holz, Steine, Kalk, Sand, Kreide rc. rc. zum Bedarf des herrschenden Grundstücks von dem dienenden zu nehmen[11]; das Recht, das fremde Grundstück zum Einsammeln der Früchte, zum Ablagern von Erde, Steinen u. dgl., zur Ableitung von Wasser zu benützen, auf demselben eine Hütte zu haben[12].

b. Gebäudedienstbarkeiten*.

§. 211a.

Gebäudedienstbarkeiten sind: das Recht, das von dem Dache abfließende Regenwasser auf das benachbarte Grundstück abfallen zu lassen, in Tropfen oder zusammengefaßt in einem Strahle[1]; das Recht, sein Gebäude in den Raum, welcher über des Nachbarn Grundstück sich befindet, hineinragen zu lassen, z. B. durch ein Vordach, einen Balcon[2] rc. rc.; das Recht, sein Gebäude auf ein benachbartes Gebäude, Mauer, Säule rc. rc. zu stützen[3];

---

[11] §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 §. 1 l. 6 D. h. t.

[12] L. 3 §. 1. 2 l. 6 §. 1 l. 29 D. h. t., l. 2 §. 10 D. de aqua et aquae 39. 3. — Die in l. 15 pr. D. de serv. 8. 1 genannte Dienstbarkeit: „ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia“ (vgl. l. 1 §. 28 D. de aqua quot. 43. 20) wird nicht ausdrücklich als Felddienstbarkeit bezeichnet, und kann wenigstens ebenso gut als Gebäudedienstbarkeit (zum Schutze eines zu einem Hause gehörigen Brunnens) vorkommen.

* Dig. 8. 2 de servitutibus praediorum urbanorum. — Elvers §. 45—49. Glück X S. 68—138; Böcking II §. 171, Sintenis I §. 62, Vangerow I §. 342.

§. 211a. [1] Servitus stillicidii, fluminis, — stillicidii, fluminis immittendi, avertendi, excipiendi, recipiendi, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. l. 2 l. 17 §. 3 l. 20 pr. §. 2—6 l. 21 l. 28 D. h. t., l. 9 pr. l. 16 D. si serv. 8. 5, l. 8 D. quib. mod. serv. 8. 6.

[2] Servitus protegendi, proiiciendi. L. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 242 §. 1 D. de V. S. 50. 16.

[3] Servitus tigni (vgl. l. 62 D. de V. S. 50. 16) immittendi, tignum immissum habendi, l. 1 pr. l. 2. 6. 20 pr. l. 25 pr. l. 27 pr. D. h. t., l. 8 §. 1 D. si serv. 8. 5. Eine Pflicht des Nachbarn, das tragende Bauwerk in gutem Stand zu erhalten, ist dadurch nicht begründet (l. 6 §. 2 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5); allerdings aber kann dieselbe durch besondere Bestimmung bei der Bestellung der Dienstbarkeit begründet werden. In diesem Falle sprechen die Römer von einer servitus oneris ferendi, §. 1 I. de serv.

das Recht, den Unrath aus seinem Gebäude durch einen Abzugscanal über das benachbarte Grundstück hinwegzuschaffen[4]; das Recht, das benachbarte Grundstück über das gesetzliche Maß hinaus durch Rauch, hinüberfliegende Steinsplitter u. dgl. zu

---

2. 3, l. 1 §. 1 l. 33 D. h. t., l. 5 §. 2 — l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5. Die servitus oneris ferendi hat von jeher viel Noth gemacht wegen des in derselben liegenden Widerspruchs gegen den Satz: servitus in faciendo consistere non potest (§. 201). Zwar ist die Behauptung aufgestellt worden, es sei gar nicht wahr, daß hier der Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Thun verpflichtet sei; auch hier fordere die Dienstbarkeit nur ein pati, freilich kein bloßes „Balkenvorstehenlassen u. dgl.", sondern „ein Aufliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstücke, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden, stützenden" (so Böcking §. 160 Note 15, ähnlich Puchta Inst. II. 252. e, Sintenis I §. 57 Anm. 4). Aber das kann man doch in der That nicht anders nennen, als wie es Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 258 Note 23 wirklich nennt, „ein Umgehen der Sache durch den Ausdruck". Denn von dem dienenden Grundstück die Eigenschaft eines tragenden verlangen, heißt weiter nichts, als von dem Eigenthümer verlangen, daß er die Mauer in Stand halte, ut faciat aliquid, und mit Recht ist Schmidt der Ansicht, daß dafür unwiderleglich die formula actionis: *ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda* (l. 6 §. 2 D. si serv. 8. 5) spreche. Das Richtige ist gewiß allein, wie schon Andere hervorgehoben haben (vgl. außer Schmidt a. a. O., Vangerow a. a. O. Anm. 2), daß bei der servitus oneris ferendi mit dem dinglichen Recht ein obligatorisches nach Art unserer Reallasten verbunden ist; der Verpflichtete in demselben ist der jedesmalige Eigenthümer. Aber freilich muß man dabei anerkennen, daß die Römer dieses obligatorische Recht nicht bloß als servitus wirklich bezeichnen, sondern auch dem Rechte der servitus unterwerfen, obgleich sie sich der darin liegenden Anomalie wohl bewußt sind (l. 6 §. 2 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5). In diesem Sinne liegt also in der servitus oneris ferendi allerdings eine Ausnahme von dem Satze: servitus in faciendo consistere non potest, nicht als wenn es nach dem Begriffe der Dienstbarkeit eine Dienstbarkeit auf ein Thun von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache geben könnte, — sondern es wird hier als Dienstbarkeit behandelt, was in der That Dienstbarkeit nicht ist. Nur durch diese anomale Herbeiziehung des Rechts der Dienstbarkeit wurden die Römer auch über das Bedenken hinausgehoben, welches für sie darin liegen mußte, daß durch Privatwillkür der jedesmalige Eigenthümer eines Grundstücks sollte verpflichtet werden können. — Mühlenbruch (Arch. f. civ. Pr. XIV. 24 [1831]) sucht eine Vermittlung für das Anomale der servitus oneris ferendi in dem Rechte der cautio damni infecti, welches man auf Grund des bei der Bestellung der Servitut erklärten Willens in die Servitut hineingetragen habe; aber wenn auch das

belästigen[5]; das Recht, einen Düngerplatz in unmittelbarer Nähe von des Nachbarn Mauer zu haben[6]; das Recht, zu verlangen, daß auf des Nachbarn Grundstück gar nicht oder nicht über eine gewisse Höhe hinaus gebaut werde[7], daß dem herrschenden Grundstück Licht[8] oder Aussicht[9] nicht verbaut werde. Wenn in den Quellen auch

---

Recht der cautio damni infecti zur Erklärung der Reparaturpflicht ausreichte, so würde doch immer die Frage ungelöst bleiben, aus welchem Grunde man denn dieses Recht in die Servitut hineingetragen habe. Mir scheint mit dieser Erklärung ebensowenig etwas gewonnen zu sein, als wenn Elvers S. 55 fg. auszuführen sucht, daß das Charakteristische bei der servitus oneris ferendi eigentlich in dem Verbote eigenmächtiger Reparatur von Seiten der Servitutberechtigten liege, und die Pflicht des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Reparatur nur eine Folge davon sei. — Eine gar seltsame Ansicht vertritt jetzt Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 17; er meint mit Berufung auf l. 32 D. de S. P. U., die Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi erkläre sich aus der Schriftlichkeit des Begründungsvertrages. — Vgl. noch Seuff. Arch. XVII. 8.

[4] Servitus cloacae mittendae, l. 7 D. de serv. 8. 1, l. 1 §. 4. 6 D. de cloacis 43. 23. Seuff. Arch. IV. 209, [XXI. 214].

[5] L. 8 §. 5. 7 D. si serv. 8. 5. Vgl. §. 169 Num. 1.

[6] L. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5. Vgl. §. 169 Num. 1.

[7] Servitus ne altius tollatur s. altius non tollendi, §. 1. 4 I. de serv. 2. 3, l. 2. 6. 12. 21. 32 D. h. t., l. 16 D. comm. praed. 8. 4, l. 9 C. de serv. 3. 34.

[8] Servitus ne luminibus officiatur, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 4. 6. 15. 17 pr. — §. 2 l. 22. 23 pr. l. 31 D. h. t., l. 16 D. comm. praed. 8. 4, l. 15 D. si serv. 8. 5. — Unterschieden wird in den Quellen von der servitus ne luminibus officiatur noch die servitus luminum, welche darin bestehen soll „ut vicinus lumina nostra excipiat", l. 4 D. h. t. Am Einfachsten wird dieß ohne Zweifel von dem Recht verstanden, in fremder Mauer ein Fenster zu haben (vgl. l. 8 C. si serv. 3. 34, auch l. 40 D. h. t., Seuff. Arch. X. 16); doch sind die Meinungen über diese Frage unendlich verschieden, s. Vangerow a. a. O. Anm. 1, Böcking a. a. O. Note 41. — In Deutschland, wo das Recht, Fenster nach des Nachbarn Grundstück hinaus zu haben, vielfach particularrechtlich beschränkt ist (vgl. übrigens auch die nicht glossirte l. 12 C. de aedif. priv. 8. 10 in §. 3), sind von Wichtigkeit auch die Dienstbarkeiten, durch welche ein weiter gehendes Fensterrecht begründet wird. Vgl. Mittermaier deutsch. Privatr. I §. 67 Nr. 9, Beseler deutsch. Privatr. §. 93 lit. c. 3, Seuff. Arch. II. 139, VI. 15, XIV. 13, und über das Fensterrecht überhaupt Pfeiffer prakt. Ausführungen IV. 1. VII. 10. [Stölzel Arch. f. civ. Pr. LII. 8.]

[9] Servitus ne prospectui officiatur s. prospiciendi, §. 2 I. de act. 4. 6,

Dienstbarkeiten gerade entgegengesetzten Inhalts genannt werden, auf Höherbauen, Verbauen der Aussicht, auf Nichtabfallenlassen der Dachtraufe[10], so sind dieselben gegenüber localrechtlich begründeten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen zu denken[11].

---

l. 3. 12. 15. 16 D. h. t. Noch weiter geht die in l. 17 §. 1 D. si serv. 8. 5 erwähnte Dienstbarkeit „ut in eo loco positum habere ius Seio non esset".

[10] Servitus altius tollendi, officiendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi. Gai. II. 31. IV. 3, §. 2 I. de act. 4. 6, l. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 2, l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 26 pr. D. de exc. rei iud. 44. 2.

[11] Wie die in l. 2 §. 10 D. de aqua et aquae 39. 3 erwähnte Dienstbarkeit gegenüber der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung in Betreff des Abflusses des Regenwassers. Ein die Baufreiheit beschränkendes Gesetz erließ z. B. K. Zeno für Constantinopel (l. 12 C. de aedif. priv. 8. 10), welches später von Justinian auf alle Städte des Reiches ausgedehnt wurde (l. 13 eod.). Warum die römischen Juristen bei der Auswahl ihrer Beispiele von Dienstbarkeiten nicht auch auf solche localrechtliche Bestimmungen hätten Rücksicht nehmen können, ist nicht abzusehen. Vgl. H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 396 fg., Arndts §. 185 Anm. 6 und die bei Vangerow I S. 731. 732 (834. 835) Citirten. — Andere haben für die erwähnten Dienstbarkeiten andere Erklärungen gesucht. Die verbreiteteste (mehrfach auch mit der hier vertheidigten verbundene) Ansicht geht dahin, daß dieselben zu denken seien als das Resultat der (vollständigen oder, nach Andern, theilweisen) Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit des entgegengesetzten Inhalts, einer servitus altius non tollendi etc., vgl. namentlich Vangerow a. a. O. Anm. 3 und die daselbst Citirten, Elvers §. 39, Böcking §. 171. s—z. Ich will diese Auffassung nicht als unmöglich bestreiten; aber sie macht dem römischen Recht den Vorwurf einer Begriffsnachlässigkeit, da das Dienstbarkeitsrecht als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück wohl erscheinen mag (§. 209 Note 2), aber eine solche nun einmal nicht ist; bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung ist dieß anders, durch dieselbe wird in der That dem Eigenthumsrecht ein anderer Inhalt gegeben. Deßwegen glaube ich, daß man zu dieser Erklärung (obgleich sie durch Theophilus zu §. 1 I. de serv. 2. 3 unterstützt wird) ohne Noth nicht greifen soll, welche mir nach dem oben Gesagten nicht vorzuliegen scheint. Jedenfalls wird man, wenn man dieser Ansicht huldigt, sich darüber entscheiden müssen, ob man die durch eine solche Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit begründeten Berechtigungen auch dem Rechte der Dienstbarkeit unterwerfen, oder ob man sie sich nur formell als Dienstbarkeiten, materiell aber als „wirkliche Behauptungen der Eigenthumsfreiheit" denken will (so Böcking a. a. O. §. z). Im Grundgedanken kommt mit der hier zurückgewiesenen Ansicht die von Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 255—257 aufgestellte überein, welcher die fraglichen Dienstbarkeiten

IV. Begründung der Dienstbarkeiten.

A. Durch den Willen des Eigenthümers*.

§. 212.

Unter den Thatsachen, durch welche Dienstbarkeiten begründet werden können, ist von vorzugsweiser Wichtigkeit die Willenserklärung des Eigenthümers. Diese Willenserklärung kann eine letztwillige oder eine Willenserklärung unter Lebenden sein; an diesem Orte ist nur von der letzteren zu handeln (vgl. §. 171).

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß eine Dienstbarkeit entstehen solle, setzt, wie die auf Eigenthumsübertragung gerichtete, damit sie ihren Zweck erreiche, eine Annahmeerklärung von Seiten desjenigen voraus, für welchen die Dienstbarkeit entstehen soll; auch hier ist ein Begründungsvertrag erforderlich. Für diesen Vertrag gilt, abgesehen von den Grundsätzen, welche für alle Verträge maßgebend sind, Folgendes.

1) Die Dienstbarkeit wird durch den Vertrag als solchen erzeugt; derselbe bedarf nicht, wie der Eigenthumsübertragungsvertrag, der Vollendung durch Besitzeinräumung[1].

---

auf eine vertragsmäßige Anerkennung der Eigenthumsfreiheit „in Form einer Servitutbestellung" zurückführt. H. Pernice commentationes iuris Romani duae p. 149 denkt bei der servitus altius tollendi an eine Benützung des benachbarten Hauses zum Zweck des Baues. Verschiedenes verbindet Keller §. 172. Noch andere Ansichten bei Vangerow a. a. O. Anm. 3. lit. e.

* Elvers §. 63—66. Glück IX S. 39 fg. Sintenis I S. 580—585.

§. 212. [1] Dieß ist die jetzt herrschende Meinung (dafür auch die Entscheidung bei Seuff. XII. 130, dagegen das. XV. 5, [XX. 110]), welche gegenüber der früher allgemein anerkannten entgegengesetzten nach dem Vorgange Savigny's in seinen Vorlesungen (vgl. dens. Besitz S. 577 [474] Note 1) zuerst in eingehender Weise vertheidigt worden ist von E. I. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis (1823) und Arch. f. civ. Pr. IX. 9 (1826), nach demselben von Michelsen Arch. f. civ. Pr. VIII. 14 (1825), Hasse Rhein. Mus. I S. 64—144 (1827), Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XII. 4 (1829), und in der neuesten Zeit von Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III. 9 (1859); s. ferner Elvers §. 64, Sintenis I §. 64 Note 15, Keller §. 181. Theilweise haben sich für diese Ansicht erklärt Zimmern Arch. f. civ. Pr. VII. 17 (1824), Huß Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X. 3 (1853). Als Geg=

2) Nicht bloß der Eigenthümer kann die Sache einer Dienstbarkeit unterwerfen, sondern auch der Emphyteuta und der Super-

ner derselben sind aufgetreten namentlich Francke civil. Abhandlungen Nr. 3 (1826), Fritz Erläuterungen 1 S. 376 fg., Vangerow I §. 350 Anm. 1 (dessen Hauptgrund auch jetzt noch ist, daß durch Vertrag bloß eine Obligation begründet werden könne [in der 7. Aufl. hat er hinzugefügt: „durch Vertrag „im eigentlichen Sinne des Wortes"]), Brinz S. 272—274, [Ferd. Muther krit. VJSchr. IX S. 391 fg.]. Man bemerke über diese Frage Folgendes. In unseren Quellen werden als Formen der Begründung von Dienstbarkeiten neben einander genannt a) die Tradition, d. h. die Einräumung der, in Folge davon wirklich erfolgenden, Ausübung (l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 25 §. 7 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. quib. modis ususfr. 7. 4, l. 3 D. si ususfr. 7. 6, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 1 §. 2 D. de S. P. R. 8. 3); b) pactiones et stipulationes (§. 4 I. de serv. 2. 3, §. 1. I. de usufr. 2. 4, l. 3 pr. l. 25 §. 7 D. de usufr. 7. 1, vgl. auch l. 14 C. de serv. 3. 34, l. 12 §. 1. 3. 4 C. de aedif. priv. 10. 8). Das erklärt sich so. Die ursprüngliche Form der Bestellung von Dienstbarkeiten war die mancipatio (bei servitutes praediorum rusticorum) und die in iure cessio (bei allen). Wo diese Formen nicht anwendbar waren, wie bei Provinzialgrundstücken, half man sich dadurch, daß man der formlosen Bestellung der Dienstbarkeit (pactio) einen obligatorischen Vertrag (stipulatio) hinzufügte, durch welchen der Besteller, gewöhnlich mit Hinzufügung einer Strafe, für sich und seine Erben versprach, die Ausübung der Dienstbarkeit gewähren zu wollen (Gai. II. 28—31, l. 38 §. 10—12 D. de V. O. 45. 1, l. 2 §. 5. 6 l. 49 §. 2 l. 50 l. 85 §. 3 l. 131 pr. D. eod., und andere Stellen mehr). Dadurch erreichte man ursprünglich nur Sicherung des Interesse; im Laufe der Zeit aber wurde in dieser Verbindung des formlosen Bestellungsvertrages mit der Stipulation eine wirkliche Begründung des Rechts der Dienstbarkeit gefunden (das Resultat der pactiones und stipulationes wird übereinstimmend bei Gai. II. 31, in §. 4 I. de serv., §. 1 I. de usufr., l. 3 pr. D. de usufr. als ein „constituere" der Dienstbarkeit bezeichnet, und in l. 25 §. 7 D. de usufr. heißt es, daß der Nießbrauchssclave dem Nießbraucher erwerbe, möge der Nießbrauch „iure legati constitutus" sein, oder „per traditionem vel stipulationem vel alium quemque modum"). S. auch l. 36 D. de S. P. R. 8. 3. Neben dieser Entwicklung ging aber eine andere einher. Während noch Gajus die Tradition, als körperliche Uebergabe, bei den Dienstbarkeiten als unkörperlichen Sachen für unmöglich erklärt, erkannte man, daß, wenn man die Tradition als Einräumung der thatsächlichen Willensmacht fasse, die Dienstbarkeiten ihr keineswegs verschlossen seien (vgl. l. 20 D. de serv. 8. 1), und in derselben Weise, wie es feststand, daß durch Tradition Eigenthum übertragen werde, wenn auch nicht immer civilrechtliches, ließ man sie auch bei den Dienstbarkeiten als genügenden Ersatz für mancipatio und in iure cessio zu, allerdings nicht nach den Anforderungen des Civilrechts, aber doch so, daß

ficiar; diese freilich nur für die Dauer ihres Rechts[2]. Der Miteigenthümer kann seinen Theil des Eigenthums mit einem Nießbrauche belasten; untheilbare Dienstbarkeiten dagegen kann er nur in Gemeinschaft mit den andern Miteigenthümern begründen[3]. Für den Fall, wo ein Nichteigenthümer eine Dienst-

---

der Schutz des Prätors einzutreten habe. In die Justinianische Compilation sind die Resultate beider Entwicklungen aufgenommen worden, und es fragt sich nun, was heutzutage praktisch anzuwendendes Recht sei. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. a) Die Quellen sagen jedenfalls auch, daß die Dienstbarkeiten durch pactiones et stipulationes begründet werden können; wenn andere Stellen von der Tradition reden, so thun sie dieß nicht, um dieselbe für unbedingt nothwendig zu erklären. b) Die Stipulation war nicht das die Dienstbarkeit eigentlich Begründende; sie hatte nur die Bedeutung, das wirkliche Vorhandensein und die Ernsthaftigkeit des auf die Begründung einer Dienstbarkeit gerichteten Willens zu constatiren. Da wir nun „diese stipulatio [poenae] weder der Form noch der Sache nach in unsere Praxis aufgenommen haben, so tritt bei uns einfach derjenige Vertrag an die Stelle, bei welchem der Wille auf sofortige Bestellung des Rechts gerichtet ist" (Schmidt a. a. O. S. 285). — Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten (1864), glaubt etwas Neues zu sagen, indem er ausführt, daß die Servitut durch pactiones et stipulationes („durch Formalverträge") erworben werde (S. 78 fg.); darüber, ob dieser Satz auch im heutigen Rechte gelte, hat er nicht für nöthig gehalten, sich zu äußern. Derselbe Schriftsteller versteht die traditio der Quellen von der Tradition der Sache, von der Einräumung der Ausübung nur die in den Quellen erwähnte patientia (S. 125 fg. 146 fg. 166 fg. 187 fg.). — Andere (so auch Puchta §. 187. 192, Arndts §. 191 Anm.) beziehen die Stellen, welche von der Tradition reden, im Sinne des Justinianischen Rechts auf den Fall der Bestellung durch den Nichteigenthümer, indem sie annehmen, durch dieselben solle für diesen Fall Tradition als Voraussetzung der Publiciana confessoria actio bezeichnet werden. Aber dem steht entgegen, daß der Schutz des redlichen Erwerbes eben auch nur redlichen Erwerb voraussetzt, also nichts, als was auch das Recht zu begründen im Stande ist (vgl. §. 199 Note 9). — Particularrechtlich ist für die Begründung der Dienstbarkeit Eintragung in das Grundbuch erforderlich, obgleich das Grundbuchsystem (§. 171 Note 2) keineswegs überall auf die Dienstbarkeiten erstreckt ist. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 97 Note 7—9. §. 193 Note 1.

[2] L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 1 §. 9 D. de superfic. 43. 18.

[3] S. §. 205 Note 7 und in der ganzen zweiten Hälfte, §. 209 Num. 8. Die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer brauchen nicht gleichzeitig zu sein; nur darf in der Zwischenzeit keine Veränderung in den Personen (durch Veräußerung oder Erbgang) eingetreten sein. L. 18 D. comm. praed. 8. 4 (dazu Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 305—313,

barkeit bestellt hat und hinterher das Eigenthum erwirbt, müssen die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen, wie für den entsprechenden Fall der Eigenthumsübertragung[4].

3) Daß nur ein handlungsfähiger Eigenthümer eine Dienstbarkeit begründen kann, versteht sich von selbst. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot steht auch der Begründung einer Dienstbarkeit entgegen[5].

4) Der Eigenthümer kann nicht genöthigt werden, eine Dienstbarkeit zu bestellen. Dieß erleidet eine Ausnahme bloß für den Fall, wo einem Grundstück der Zugang zu der öffentlichen Straße versperrt ist; der Eigenthümer kann hier von dem Eigenthümer der dazwischen liegenden Grundstücke Bestellung einer Wegegerechtigkeit verlangen[6].

5) Erwerben kann eine Grunddienstbarkeit nur, wer zur Vertretung des Grundstücks, an welches die Dienstbarkeit angeknüpft werden soll, befugt ist. Dieß ist außer dem Eigenthümer der Emphyteuta und der Superficiar[7]. Steht das Grundstück

---

s. aber auch die Mommsen'sche Ausgabe), l. 6 §. 2 eod., l. 11 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 3 D. de serv. leg. 33. 3.

[4] S. §. 172 Num. 1.

[5] L. 7 C. de reb. al. 4. 51.

[6] In den Quellen ist dieß nur für das iter ad sepulchrum anerkannt, l. 12 pr. D. de rel. 11. 7; die Ausdehnung beruht auf einer unbezweifelbaren Praxis. S. Glück IX S. 101 und Seuff. Arch. I. 177. 321 (vgl. IV. 204), VI. 156, XIII. 210. 211. XIV. 114, XVI. 12.

[7] Ausgeschlossen ist der Nichteigenthümer, l. 6 pr. l. 8 D. comm. praed. 8. 4, l. 6 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1. Ausgeschlossen ist ferner der Nießbraucher, l. 15 §. 7 D. de usufr. 7. 1. Die Zulassung des Emphyteuta und des Superficiars ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber man wird sich ihr nicht entziehen können (dafür auch die Entscheidung bei Seuffert VII. 155). Können diese Personen das Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren, so können sie es auch mit Dienstbarkeiten bereichern; die Beschränkung aber auf die Dauer ihres Rechts, welche in jenem Falle gilt, muß hier wegfallen, eben weil sie das Grundstück nicht beschweren, dem Eigenthümer nichts nehmen, sondern ihm etwas zuführen. Schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob auch der redliche Besitzer eine Dienstbarkeit für das Grundstück erwerben kann. Man wird sagen müssen: da derselbe dritten schlechter Berechtigten gegenüber als Eigenthümer gelte, so müsse er ihnen gegenüber auch die ihm für das Grundstück bestellten Dienstbarkeiten geltend machen können; aber für die Behauptung, daß dieselben dem Grundstück wirklich erworben

im Miteigenthum, so ist die Willenserklärung aller Miteigenthümer erforderlich[8].

6) Die Bestellung einer Dienstbarkeit kann auch unter einer Bedingung, Befristung oder Voraussetzung erfolgen[9].

7) Ein besonderer Fall der Bestellung der Dienstbarkeit ist der, wo die Dienstbarkeit bei der Eigenthumsübertragung vorbehalten wird[10]. Das Rechtsverhältniß ist hier nicht, wie das Wort andeutet, so zu denken, daß der Eigenthümer das Eigenthum mit Ausnahme der Dienstbarkeit weggäbe, also in der Dienstbarkeit einen Theil Dessen behielte, was er auch bisher gehabt hat; denn er hat die Dienstbarkeit, welche etwas qualitativ

---

seien, also auch dem Eigenthümer zu Gute kommen, sehe ich keinen Anhalt. Vgl. Elvers S. 693—696.

[8] Es gelten hier dieselben Grundsätze, wie für den Fall, wo ein im Miteigenthum stehendes Grundstück mit einer Dienstbarkeit beschwert werden soll, l. 18 D. comm. praed. 8. 4.

[9] L. 4 pr. D. de serv. 8. 1 lautet: „Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam condicionem (verbi gratia *quamdiu volam*) constitui possunt. Sed tamen, si haec adiiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti". Dieser Ausspruch bezieht sich nur auf die Grunddienstbarkeiten; denn s. Vat. fr. §. 48—50. 52, und vgl. l. 16 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 5. 12 C. de usufr. 3. 33. Auch für Grunddienstbarkeiten gilt er nicht was die letztwillige Bestellung derselben angeht, l. 3 D. de serv. leg. 33. 4. Sein Grund bleibt dunkel; aus der ursprünglichen Bestellungsform der Dienstbarkeiten durch in iure cessio kann er nicht erklärt werden; denn s. Vat. fr. §. 50. Was die auflösende Bedingung und Befristung angeht, so darf er als durch die Gesammtentwicklung des römischen Rechts beseitigt angesehen werden (§. 90 Note 4, §. 96 Note 6). So erscheint es nicht zu gewagt, auch der aufschiebenden Bedingung und Befristung bei der Dienstbarkeitsbestellung im heutigen Recht directe Wirkung zuzuschreiben. Vgl. Schrader civil. Abhandlungen S. 324—332, Elvers §. 19, Sintenis I §. 64 Note 16, Keller S. 317, Vangerow I §. 340 Anm. 1 a. E.

[10] Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem deducere, detrahere, excipere, recipere der Dienstbarkeit. S. l. 32. 36 §. 1 l. 54 D. de usufr. 7. 1, l. 34 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3. 5. 6 pr. §. 3 l. 7 pr. l. 8. 10 D. comm. praed. 8. 4, l. 22 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 126 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Von diesem Fall handelt die Inauguraldissertation von Ferd. Muther: in fr. VI. communia praediorum commentatio (1858). Außerdem ist zu vergleichen: Dirksen vermischte Schriften I S. 110 fg., Gesterding Ausbeute VI S. 38

Anderes ist, als das Eigenthum, bisher gar nicht gehabt[11]. Sondern die Dienstbarkeit wird bei der Eigenthumsübertragung neu begründet, und zwar ist der sie Auflegende nicht der Uebergeber, sondern der Empfänger des Eigenthums[12]. Ein Vorbehalt dieser Art kann auch stillschweigend gemacht werden[13].[14]

---

fg., Bruns quid conferant Vaticana fragmenta ad melius cognoscendum ius Romanum p. 91 sqq.

[11] S. §. 200 Note 3. Dernburg Pfandrecht I S. 272 fg. A. M. Büchel civilr. Erörterungen I 2 S. 73 fg. (2. Aufl. S. 187 fg.), Arndts §. 371 Anm. 2. Vgl. auch Ihering Geist d. röm. Rechts III S. 134—136.

[12] In den Quellen heißt es zwar, daß der übergebende Eigenthümer die Dienstbarkeit „imponit, iniungit", daß er das Grundstück „servum facit". Aber einerseits lassen sich diese Ausdrücke doch auch so verstehen, daß sein Wille bestimmend sei für den Willen des Empfängers, welcher, indem er die Sache unter der von dem Uebergebenden hinzugefügten Maßgabe hinnimmt, seinen Willen dahin erklärt, daß die Dienstbarkeit entstehen solle. Und andererseits ist die Annahme, daß der Empfänger es sei, welcher die Dienstbarkeit bestellt, erstens begriffsmäßig nothwendig; denn der Eigenthümer kann die Sache nicht mit einer Dienstbarkeit zu seinen eigenen Gunsten belasten. Man könnte sagen, er belaste sie in dem Momente, wo er Eigenthümer zu sein aufhöre; aber in diesem Momente ist er auch unfähig, die Sache zu belasten. Er kann nicht für denselben Act als Eigenthümer und Nichteigenthümer gelten. Zweitens ist jene Annahme geboten durch den Inhalt unserer Quellen. Nach l. 1 §. 4 l. 2 D. de reb. eor. 27. 9 entsteht kein Pfandrecht, wenn einem Minderjährigen etwas zu Eigenthum mit Vorbehalt eines Pfandrechts übertragen wird. Also ist der Minderjährige der Verleihende; er bekommt nicht die Sache als beschwerte, sondern er beschwert sie, indem er sie bekommt. Der Schluß von dem Pfandrechte auf die Dienstbarkeit aber ist ein unabweislicher. An diesem Fall tritt zugleich das praktische Interesse der Frage hervor (s. außerdem §. 246 Note 11 a. E.). Vgl. übrigens auch l. 8 D. comm. praed. 8. 4, und Seuff. Arch. IV. 207.

[13] Hierher gehört namentlich der Fall, wo eines von zwei Grundstücken veräußert wird, von denen das eine dem andern durch eine äußere Veranstaltung factisch dient. Vgl. l. 36. 37 D. de S. P. U. 8. 2. Näher ist dieser Punkt entwickelt in dem französischen Gesetzbuch Art 692—694. Seuff. Arch. XI. 18. 121, XIII. 212, [XX. 209, XXI. 105].

[14] Vorbehalt zu Gunsten eines Dritten? L. 5 l. 6 pr. l. 8 D. comm. praed. 8. 4, l. 36. 37 D. de S. P. R. 8. 3. — Form? Im römischen Rechte war dieselbe gedeckt, wenn die Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio, nicht, wenn dieselbe durch traditio erfolgte. Gai. II. 33, Vat. fr. 47. 50.

B. Durch Ersitzung*.

§. 213.

Dienstbarkeiten können auch, wie das Eigenthum, durch fortgesetzten Besitz begründet werden[1]. Hierüber ist Folgendes zu bemerken.

1) Der Besitz der Dienstbarkeiten besteht in ihrer Ausübung, d. h. darin, daß derjenige Willensinhalt zur thatsächlichen Geltung gebracht wird, welcher in seiner rechtlichen Anerkennung

---

* v. Seckendorf Arch. f. civ. Pr. IV. 11 (1821). Zimmern in Neustetel und Zimmern römischrechtl. Untersuchungen Nr. 5 (1821). Hasse Rhein. Mus. II S. 394 fg. (1828). Bessel Arch. f. civ. Pr. XIII. 19 (1830). E. Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilist. Versuche Nr. 1 (1835). Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI. 6. 12 (1848). Th. Muther die Ersitzung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten (1852). Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht S. 1 fg. (1864). Unterholzner Verjährungslehre II §. 187—216. Elvers §. 68. Glück IX S. 105 fg.; Sintenis I S. 586—593, Vangerow I §. 351.

§. 213. [1] Im älteren römischen Recht gab es eine usucapio servitutum; diese wurde durch eine lex Scribonia (unbekannt wann? vgl. Rudorff röm. RGesch. I S. 72) aufgehoben, l. 4 §. 29 D. de usurp. 41. 3, vgl. l. 14 pr. D. de serv. 8. 1, l. 43 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 9 D. de usurp. 41. 3. (Ueber die Frage, ob diese usucapio sich auf alle Dienstbarkeiten bezogen habe, oder nur auf die Gebäudedienstbarkeiten, s. Unterholzner §. 196, Vangerow a. a. O. S. 761—762 und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Schmidt [v. Ilmenau] Jahrb. d. gem. R. III S. 247 Note 1). Die im spätern Recht anerkannte Ersitzung der Dienstbarkeiten beruht auf der magistratischen Jurisdiction, welche dem „diuturnus usus“, der „longa quasi possessio“, der „longa consuetudo“ der „longi temporis consuetudo“ ihren Schutz gewährte. Von dieser späteren Ersitzung handeln l. 10 pr. D. si serv. 8. 5, l. 1 §. ult. D. de aqua et aquae 39. 3, l. 5 §. 3 D. de itin. 43. 19, l. 28 D. de S. P. U. 8. 2, l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 1. 2 C. de serv. 3. 34, l. 12 i. f. C. de l. t. praescr. 7. 33. Der Ausdruck praescriptio wird auf diese Ersitzung nicht angewendet. — Die l. 10 §. 1 D. de usurp. 41. 3 („Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint“) ist durch Versehen in die Pandekten aufgenommen worden; die Compilatoren glaubten hier, wie sonst, Alles gethan zu haben, wenn sie usucapi in longo tempore capi änderten. Vgl. Unterholzner S. 144, Vangerow a. a. O. Nr. 1 g. E. — Hedemann a. a. O. (s. auch 167—170) leugnet mit Berufung auf diese Stelle die Ersitzung der Servituten ganz, und behauptet, die langjährige fehlerlose

das Dienstbarkeitsrecht ausmacht. Das Nähere hierüber ist in §. 163 vorgetragen worden[2].

2) Der Besitz muß die Ersitzungszeit hindurch ununterbrochen fortgedauert haben; über den Verlust des Besitzes der Dienstbarkeiten ist ebenfalls an dem angeführten Orte gehandelt worden[3]. Der Besitz muß ferner ungestört fortgedauert haben; durch Erhebung des Processes wird die Dienstbarkeitsersitzung in derselben Weise wie die Eigenthumsersitzung unterbrochen[4].

Ausübung gebe dem Dienstbarkeitsprätendenten nur Freiheit vom Beweise des Erwerbes, während dem Gegner der Beweis des Nichtbestehens der Dienstbarkeit, der Freiheit seines Eigenthums, nicht verschlossen sei, — in Widerspruch mit den Quellenaussprüchen (s. oben), welche er sich vergeblich zu beseitigen bemüht, und ohne sich darüber zu erklären, wie er sich den Beweis des Nichtbestehens der Servitut eigentlich denkt. [S. dawider auch Ferd. Muther krit. VJSchr. IX S. 370 fg.]

[2] Vgl. namentlich die Noten 3—10 das.

[3] S. Note 11. 12 das. Besonders zu beachten ist das in Note 12 Gesagte, wonach der Besitz der auf einzelne, sich wiederholende Handlungen gerichteten Dienstbarkeiten auch dadurch verloren werden kann, daß diese Handlungen eine längere Zeit hindurch unterlassen werden; das Nähere ist dem Ermessen des Richters anheimzugeben. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 6, IX. 129, XIII. 83, XV. 206, XVI. 177 Nr. 2, [XXI. 107]. Andere sind in Betreff dieser Dienstbarkeiten (s. g. servitutes discontinuae) strenger. So wird verlangt wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahre (Hasse S. 408, Seuff. Arch. I. 408 a. E., II. 141, XVI. 177 Nr. 1, [XXI. 217]); bei Wegegerechtigkeiten in Gemäßheit des für den Besitzesschutz Vorgeschriebenen sogar dreißigmalige Ausübung in jedem Jahre (Muther §. 30. 36, vgl. Hasse S. 408, Hoffmann S. 17). Noch Andere wollen bei Dienstbarkeiten der genannten Art die Ersitzung ganz ausschließen und nur unvordenkliche Verjährung zulassen (so die bei Glück IX S. 148 citirten Aelteren, ferner Flach Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden II S. 1—3 unter Berufung auf die Praxis des OAG. zu Wiesbaden, und die von Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 116 fg. und VII S. 255 fg. bezeugte Praxis des OAG. zu Cassel, vgl. jedoch auch Seuff. Arch. XI. 124); dagegen Savigny IV S. 498—503, Muther §. 3—7, Vangerow a. a. O. Nr. 1 a. E., Seuff. Arch. I. 178. Vgl. überhaupt Busch S. 256—268.

[4] Dafür spricht: 1) die Analogie der technisch so genannten longi temporis praescriptio; 2) die l. 2 C. de ann. exc. 7. 40, welche ihrem wahren Gedanken nach auch auf diesen Fall bezogen werden muß (vgl. §. 180 Note 7). Entscheidend aber ist 3) der Gesichtspunkt, daß durch die Erhebung des Processes der Besitz ein fehlerhafter wird; was fortan geschieht, ist vi factum (s. die folgende Note).

3) Der Besitz muß kein fehlerhafter gewesen, d. h. die Ausübung muß offen, ohne Widerspruch des Eigenthümers, und nicht in Folge bloßer Vergünstigung desselben geschehen sein[5]. Nach heutigem Recht ist außerdem guter Glaube des Ersitzenden erforderlich[6], nicht aber eine besondere Rechtfertigung dieses guten Glaubens, so daß vielmehr die Unredlichkeit des Bewußtseins des Ersitzenden von der Gegenseite nachgewiesen werden muß[7].

---

[5] L. 10 pr. D. si serv. 8. 5: — „utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse". L. 1 §. ult. D. de aqua et aquae 39. 3: — „ut . . . qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur". Daß hier unter vis nicht körperliche Vergewaltigung zu verstehen sei, zeigt schon die Zusammenstellung mit dem clam; es kommen hier die Grundsätze des interd. de itinere actuque privato (§. 164 Note 5) und des interd. quod vi aut clam (II §. 465 Note 3. 4) zur Anwendung. Vgl. Unterholzner §. 211; a. M. Elvers S. 746 Note o. Seuff. Arch. IV. 15, VI. 154, X. 235, XV. 207, XVII. 13, [XXIII. 17]. Zum Begriff des clam: das. IX. 130, XII. 251, [XXI. 106, XXII. 20]. Was den Beweis angeht, so braucht der Ersitzende nicht die Abwesenheit der genannten Besitzesfehler darzuthun; es genügt, daß die nachgewiesenen Besitzeshandlungen sich nicht als fehlerhafte darstellen. Unterholzner S. 184, Hasse S. 410 fg. (welcher aber für die Oeffentlichkeit Beweis allerdings verlangt), Busch S. 254–256, Vangerow a. a. O. Nr. 3 a. E. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 5, XIV. 14 a. E., XV. 108, XVIII. 122; s. aber auch XV. 186.

[6] Auf Grund der Vorschrift des canonischen Rechts in c. 20 X. de praescr. 2. 26. Doch wird dieß nicht von Allen anerkannt, so nicht von Puchta §. 188. m, Brinz S. 275 unt., während umgekehrt Andere der Ansicht sind, daß bereits das römische Recht bona fides erfordert habe. Vgl. im Allgemeinen Unterholzner S. 173—175, Hasse S. 417 fg., Busch S. 412—421, Muther §. 13 fg., Elvers S. 740—748, Schwarze und Heyne Untersuchungen praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 3. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 4, VIII. 348, IX. 132, [X. 235], XVI. 176 Nr. 2, [XXIII. 18].

[7] Es ist kein Titel erforderlich. Daß ein Titel vom römischen Rechte nicht erfordert wird, versteht sich von selbst, da dasselbe keine bona fides verlangt (in l. 2 C. de serv. 3. 34 wollen die Worte „eo sciente" nur auf die Abwesenheit der Heimlichkeit hinweisen, nicht aber, wie man gemeint hat, auf eine stillschweigende Einräumung oder Gestattung des Eigenthümers); aber auch das canonische Recht hat ihn nicht vorgeschrieben. Das Gegentheil wird namentlich von Bessel a. a. O. und Muther §. 13 fg. vertheidigt. Vgl. Unterholzner S. 172, Hasse S. 400 fg., Hoffmann a. a. O., Busch

4) Die Ersitzungszeit beträgt 10 oder 20 Jahre, je nachdem die Parteien, zwischen denen die Ersitzung abläuft, ihren Wohnsitz in demselben Obergerichtsbezirk haben oder nicht[8].

5) Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumsersitzung (§. 182) müssen auch hier zur Anwendung kommen; dafür ist aber auch hier in gleicher Weise wie beim Eigenthum eine außerordentliche Etsitzung anzuerkennen[9].

6) Durch Ersitzung können alle Dienstbarkeiten erworben werden; Ausnahmen, welche man für einzelne hat machen wollen, sind ohne Grund[10].

S. 407 fg. 422 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3, Elvers S. 740—741. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 3, IX. 132, XV. 109.

[8] Paulus S. R. V. 5a §. 8 sagt zur Erklärung des Ausdruckes longum silentium („Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest"): — „longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur". In l. 2 C. de serv. 3. 34 heißt es von der Servitutenersitzung: — „servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti". Die l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33, welche die Begriffe der praesentia und der absentia für die Ersitzung bestimmt, schließt mit den Worten: „eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usufructus et ceterae servitutes". Eine besondere Ersitzungszeit für bewegliche Sachen gibt es hier nicht. Die von Zimmern in der oben angeführten Abhandlung verfochtene Ansicht, daß die Ersitzungszeit bei Dienstbarkeiten eine unbestimmte, in jedem einzelnen Fall von dem Richter zu bestimmende sei, hat fast gar keinen Anklang gefunden. Vgl. Unterholzner §. 199—202, Hasse S. 400 Anm. 3, Muther §. 25—28, Elvers S. 738—740, Vangerow a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 1. — Die absentia wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Abwesende einen Vertreter hat: Seuff. Arch. X. 137, XII. 250, XV. 107, s. auch IX. 9. — Nach Analogie des für die Eigenthumsersitzung Geltenden ist die Ersitzung für vollendet zu erklären mit dem Anbruch des letzten Tages, und bei Grunddienstbarkeiten Besitzeszusammenrechnung zuzulassen (§. 180 Note 5, §. 181). Seuff. Arch. I. 323.

[9] In Betreff des ersten Punktes ist abweichender Meinung Puchta §. 188. m und Vorlesungen zu diesem §. a. E., in Betreff des zweiten Vangerow a. a. O. Nr. 5 und die daselbst Citirten. Dagegen Unterholzner §. 204, Muther §. 11. 12, Elvers S. 749. Seuff. Arch. V. 101. 144, VIII. 131, XIV. 274, XVIII. 212.

[10] Man hat ausnehmen wollen: 1) die nicht ständigen, darüber s. Note 3; 2) die persönlichen (Zimmern a. a. O. S. 111 fg.); 3) die negativen

C. In anderer Weise.

§. 214.

Außer durch Bestellung des Eigenthümers und durch Ersitzung können Dienstbarkeiten noch durch richterliche Verfügung und unmittelbar durch das Gesetz begründet werden.

Der Richter kann durch seinen Spruch Dienstbarkeiten begründen im Theilungsproceß[1], ferner zum Zweck der Vollstreckung eines Urtheils, welches die Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit auferlegt[2].

Unmittelbar durch das Gesetz entsteht in gewissen Fällen der Nießbrauch; diese Fälle gehören dem Familienrechte an, und werden in der Darstellung desselben näher erörtert werden[3].

V. Aufhebung der Dienstbarkeiten*.

§. 215.

1) Wie alle dinglichen Rechte werden die Dienstbarkeiten dadurch aufgehoben, daß die Sache, an welcher sie stattfinden, untergeht, oder dem Verkehr entzogen, oder von dem Fiscus oder dem Regenten oder seiner Gemahlin veräußert wird, Dienstbarkeiten an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche

---

(Bessel S. 410 fg.). Für 2 und 3 spricht nichts, dawider l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33. Vgl. Unterholzner §. 207, Vangerow a. a. O. Nr. 4, auch Brinz S. 276.

§. 214. [1] L. 6 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 16 §. 1. 2 l. 22 §. 3 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 D. comm. div. 10. 2.

[2] Der Richter erklärt in diesem Falle im Voraus die Dienstbarkeit für bestellt, wenn der Verurtheilte die Bestellung nicht vornehmen sollte. Der Richter muß die Befugniß zu einer solchen Ergänzung der Willenserklärung des Verurtheilten in gleicher Weise haben, wie er sie bei der Eigenthumsübertragung hat. Vgl. §. 173 Note 5, Savigny Obl. I S. 379, Arndts §. 188 Nr. 2.

[3] S. II §. 510 Note 8. §. 511 Num. 1. 2, und vgl. II §. 517.

* Dig. 7. 4 quibus modis ususfructus vel usus amittitur. 8. 6 quemadmodum servitutes amittuntur. — v. Buchholtz Versuche Nr. 17, Elvers §. 70—75. Glück IX S. 313 fg. X S. 260 fg., Sintenis I §. 66.

Freiheit wiedererlangen[1]. Die persönlichen Dienstbarkeiten werden nicht nur durch den Untergang, sondern schon durch eine wesentliche Umgestaltung der ihnen unterworfenen Sache aufgehoben[2].

2) Grunddienstbarkeiten gehen unter mit dem Grundstück, an welches sie angeknüpft sind[3], persönliche Dienstbarkeiten gehen unter durch den Tod des Berechtigten[4]. Stehen die persönlichen Dienstbarkeiten einer juristischen Person zu, so hören sie nicht bloß durch deren Aufhebung auf[5], sondern auch durch den Ablauf von hundert Jahren[6]. Wird jedoch bei der persönlichen Dienstbarkeit Uebergang auf die Erben des Berechtigten ausdrücklich

---

[1] S. §. 165 Note 3—6, und vgl. Note 7 das. Dagegen gehen die Dienst- §. 215.
barkeiten nicht dadurch unter, daß die dienende Sache aufhört, im Eigenthum zu stehen, wie Böcking §. 159 Note 7. §. 160 Note 18. 19 behauptet. Der Grund dieser Behauptung, welche mit Ulp. l. 19, l. 1 C. comm. de manum. 7. 15 in Widerspruch steht, ist die §. 200 Note 3 a. E. bezeichnete Auffassung. Vgl. Elvers S. 29. 30.

[2] „Nicht etwa nach einer besonderen Natur der Personalservitut, sondern nach der Absicht ihrer Constituirung", Brinz S. 278. So hört der Nießbrauch an einem Hause mit dessen Zerstörung auf, und dauert nicht etwa an dem leeren Platze fort; der Nießbrauch an einem Gewässer dauert nicht nach dessen Austrocknung an dem Grund und Boden fort ꝛc. L. 5 §. 2 l. 10 §. 5 l. 12 l. 23. 30. 31 D. quib, mod. ususfr. 7. 4, l. 36 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 20 §. 2 D. de S. P. U. 8. 2.

[3] Vgl. l. 20 §. 2 D. de S. P. R. 8. 2, l, 3 D. quemadm. serv. 8. 6. — Gehen sie auch dadurch unter, daß dieses Grundstück von seinem Eigenthümer derelinquirt wird? Ich glaube nicht; sie bestehen einstweilen als subjectlose fort. Der Wille des Derelinquirenden war auf Aufgeben seines Eigenthums gerichtet, aber nicht auf Aufgeben der Dienstbarkeit. A. M. Elvers S. 98, welcher sofortigen Untergang der Dienstbarkeit annimmt, und Böcking §. 161 Note 12, nach welchem die Dienstbarkeit jetzt durch Aneignung der Freiheit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks untergehen kann.

[4] S. §. 202 Note 4. In gleicher Weise wie der Tod wirkte nach römischem Rechte die capitis diminutio, nach Justinianischem jedoch mit Ausnahme der minima, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 16 §. 2 C. eod. 3. 33. Vgl. §. 55 Note 8.

[5] L. 21 D. quib. mod. ususfr. 7. 4.

[6] L. 56 D. de usufr. 7. 1. „An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis diminutione periturus est: qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens

festgesetzt, so ist dieß nicht ungültig[7], und daher kann auch eine juristische Person eine persönliche Dienstbarkeit auf einen längeren Zeitraum als den bezeichneten erlangen[8].

---

dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit, centum annos tuendos esse municipes; quia is finis vitae longaevi hominis est". L. 8 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 D. de serv. 8. 1. Der ruhenden Erbschaft sind die persönlichen Dienstbarkeiten gar nicht zugänglich gemacht worden, l. 1 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3, l. 1 §. 2 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 16 §. 2 D. quando dies 36. 2.

[7] L. 38 §. 12 D. de V. O. 45. 1. „Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit? Et putem posse, licet diversi sint fructus; nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus". (Vgl. l. 65 D. de V. S. 50. 16. „Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur: nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur".) L. 5 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. „Repeti potest legatus ususfructus amissus qualicunque ratione, dummodo non morte; nisi forte heredibus legaverit". Eine hierher gehörige Entscheidung steht in l. 14 C. de usufr. 3. 33; in dieser Stelle bestimmt Justinian, daß, wenn Jemand bei Vermachung einer Sache seinen Erben den Nießbrauch vorbehalte, dieß im Zweifel nicht dahin zu verstehen sei, daß auch die Erben des Erben den Nießbrauch haben sollen. Vgl. auch l. 19 §. 4 D. comm. div. 10. 3; andererseits l. 38 §. 10. 11 D. de V. O. 45. 1. — Der aufgestellte Satz wird in den Lehrbüchern weniger hervorgehoben, als er verdient. In der That enthält derselbe einen schweren Eingriff in das Princip der Dienstbarkeitslehre, ja die Grundlage derselben ist mit ihm verlassen (vgl. §. 201 zu Note 7). Das ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die römische Jurisprudenz die Dienstbarkeit in der Person der Erben jedesmal neu entstehen ließ (s. die oben citirten Pandektenstellen); darin lag nur eine formale Versöhnung mit dem aufgegebenen Princip. Uebrigens war der Schritt, welchen die römische Jurisprudenz mit der Anerkennung jenes Satzes that, ein nothwendiger geworden, seit das Recht des Emphyteuta und des Superficiars als dingliches Recht ausgebildet war; es hatte keinen Sinn mehr, die Einräumung dieser Rechte zu gestatten, und die Einräumung eines erblichen Nießbrauchs zu verbieten. [Wächter Superficiar- oder Platzrecht S. 202 fg.]

[8] Das ist namentlich für Deutschland wichtig, wo vielfach Nutzungs- und Gebrauchsrechte vorkommen, welche von einer juristischen Person oder von den sämmtlichen Mitgliedern einer Gemeinde oder sonstigen Genossenschaft in ihrer Mitgliedseigenschaft ohne alle Zeitbeschränkung in Anspruch genommen werden. Auch durch Verjährung kann eine solche zeitlich unbeschränkte Berechtigung begründet werden, wenn es nur unzweifelhaft ist, daß die Ausübung im Sinne zeitlicher Unbeschränktheit geschehen ist. Vgl. Mittermaier deutsch. Privatr.

3) Die Dienstbarkeiten gehen dadurch unter, daß Eigenthum und Dienstbarkeitsberechtigung in derselben Hand zusammenkommen[9], und leben auch dadurch nicht wieder auf, daß hinterher wieder eine Trennung beider eintritt[10].

4) Auch durch den Willen des Berechtigten können die Dienstbarkeiten aufgehoben werden. Dieser Wille kann unter Lebenden oder auf Todesfall erklärt werden; im ersten Fall muß, damit die Willenserklärung für den Berechtigten bindend sei, Annahme von der anderen Seite hinzukommen[11], welche außer durch den Eigen-

---

I §. 166 Nr. I, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 86 Nr. 2. Seuff. Arch. VIII. 113, XV. 205, XVI. 176, [XXI. 95, XXII. 9. Vgl. auch IX. 125, XIV. 63]. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 252.

[9] L. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. „Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit". §. 3 I. de usufr. 2. 3: — „finitur ususfructus, . . si usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur". L. 3 §. 2 l. 6 pr. D. de usufr. accr. 7. 2, l. 78 §. 2 D. de I. D. 23. 3. Kommt die Dienstbarkeit mit dem Miteigenthum zusammen, so erlischt sie theilweise, wenn sie theilbar ist, gar nicht, wenn sie untheilbar ist (§. 209 Note 18).

[10] Jedoch kann eine Verpflichtung zur Wiederherstellung begründet sein, vgl. z. B. l. 18 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. comm. praed. 8. 4, l. 116 §. 4 D. de leg. I° 30, l. 31 §. 3 D. de aed. ed. 21. 1, oder es kann auch die Dienstbarkeit durch richterliche Verfügung wiederhergestellt werden, l. 57 pr. D. de usufr. 7. 1.

[11] Im älteren Recht war Rückübertragung der Dienstbarkeit durch in iure cessio (bei Feldbienstbarkeiten möglicherweise auch durch mancipatio) erforderlich, Gai. II. 30, Paul. S. R. III. 6 §. 28. 32 (vgl. Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 237—241). Aus dem in iure cedere ist im Justinianischen Rechte ein einfaches cedere oder concedere geworden, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 20 pr. D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 17 i. f. D. comm. praed. 8. 4, l. 14 §. 1 D. de serv. 8. 1. Allerdings ist in l. 48 pr. l. 64. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 auch von einem einseitigen Aufgeben des Nießbrauchs („recedere ab usufructu" „derelinquere usumfructum") die Rede; aber als Wirkung dieses Aufgebens wird nicht die Beendigung des Rechts, sondern die Beendigung der Verpflichtung des Nießbrauchers bezeichnet; d. h. der Nießbraucher kann nicht gezwungen werden, seine Willenserklärung zurückzunehmen, aber ist dazu bis zur Annahme befugt. Ebensowenig liegt ein Beweis für die Möglichkeit der Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitige Willenserklärung in l. 8 pr. D. quemadm. serv. 8. 6 und l. 4 §. 12 D. de doli exc. 44. 4 (wie Brinz S. 278 unt. glaubt); diese Stellen erkennen allerdings einen stillschweigenden Verzicht auf die Dienstbarkeit an, aber die Thatsache, in welcher sie denselben ausgedrückt finden, ist

thümer der dienenden Sache auch durch den Emphyteuta und Superficiar geschehen kann[12]. Bei Grunddienstbarkeiten ist übereinstimmende Willenserklärung sämmtlicher Eigenthümer sowohl des herrschenden als des dienenden Grundstücks erforderlich[13].

5) Ueber die Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung s. §. 212 Note 9.

§. 216.

6) Endlich können die Dienstbarkeiten auch durch Verjährung aufgehoben werden[1]. Hierfür gelten folgende Regeln. a) Persönliche Dienstbarkeiten und solche Grunddienstbarkeiten, welche zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen, werden durch Nichtausübung während der Verjährungszeit aufgehoben; dagegen ist bei denjenigen Grunddienstbarkeiten, welche ein Recht auf einen dauernden Zustand der herrschenden oder dienenden Sache geben, Ersitzung der Freiheit erforderlich[2]. b) Nichtaus-

---

eine von der Gegenseite acceptirte Gestattung des Berechtigten. So auch Fritz Erläuterungen I S. 385—392, Elvers S. 766—769, Sintenis I §. 66 Anm. 12, Arndts §. 193 Anm. 2; dagegen wieder Bacher Jahrb. f. Dogm. V. S. 243—253 (vgl. Arndts a. a. O. in der 5. Aufl.), Schönemann S. 164 fg., Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867) S. 142 fg.

[12] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt; es folgt aber aus der Befugniß dieser Personen, die Sache mit Dienstbarkeiten zu beschweren. Vgl. §. 212 Note 7.

[13] Das Erste sagt l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3, das Zweite folgt daraus, daß ein Miteigenthümer allein dem Grundstück auch keine Dienstbarkeit erwerben kann (§. 209 Note 17).

§. 216. [1] S. außer den bei §. 215 Genannten: Unterholzner Verjährungslehre II §. 217—234. Wirth die libertatis usucapio (1854). Vangerow I §. 357 Anm.

[2] Für die persönlichen Dienstbarkeiten: §. 3 I. de usufr. 2. 3, l. 25 D. quib. mod. ususfr. 7. 4; für die Grunddienstbarkeiten: l. 6 (vgl. l. 2) D. de S. P. U. 8. 2. Der Wortlaut dieser letzteren Stelle entspricht übrigens der im Text aufgestellten Unterscheidung nicht; die Stelle bezeichnet vielmehr als diejenigen Grunddienstbarkeiten, bei welchen usucapio libertatis erforderlich sei, die servitutes praediorum urbanorum. Im Einzelnen wird die libertatis usucapio erwähnt bei der serv. non altius tollendi, der serv. ne luminibus officiatur, der serv. tigni immittendi, l. 6. 32 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 4 §. 29

übung der Dienstbarkeit ist Nichtgeltendmachung des Willens, zu welchem die Dienstbarkeit berechtigt[2a]; jedoch schadet diese Nichtgeltendmachung so lange nicht, als der Berechtigte sich im Genuß

D. de usurp. 41. 3. Wenn jedoch oben (§. 210 Note 2) ausgeführt worden ist, daß der Sinn der Ausdrücke servitutes praediorum rusticorum, urbanorum mit Rücksicht auf den einzelnen Fall, wo an dieselben eine rechtliche Unterscheidung angeknüpft wird, bestimmt werden muß, so kann nicht wohl bezweifelt werden, daß wenigstens hier mit diesen Ausdrücken nicht Dienstbarkeiten bezeichnet werden sollen, welche einem Feld- bez. Gebäudegrundstücke zustehen, sondern Dienstbarkeiten, wie sie bei einem Feld- bez. Gebäudegrundstück vorzukommen pflegen. Es ist in der That kein Grund einzusehen, warum z. B. für den Verlust einer Wegegerechtigkeit durch Nichtausübung etwas Anderes gelten sollte, je nachdem ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück das herrschende Grundstück ist (vgl. Seuff. Arch. X. 19). Fragt man aber weiter, warum die Dienstbarkeiten, welche regelmäßig bei Gebäudegrundstücken vorkommen, in Betreff der Erlöschung durch Nichtgebrauch anders behandelt werden, als die regelmäßig bei Feldgrundstücken vorkommenden, so wird man von selbst auf die im Texte bezeichnete Unterscheidung geführt, durch welche denn auch die Entscheidung für den Fall gegeben ist, wo es zweifelhaft erscheinen sollte, ob eine gegebene Dienstbarkeit eher Gebäude- oder eher Felddienstbarkeit sei. Im Wesentlichen ist das hier Vorgetragene auch die herrschende Meinung, vgl. Unterholzner §. 217, Vangerow I §. 339 Anm. Nr. II. 2 a. E., Sintenis I S. 602, Puchta Vorles. I S. 408, Arndts §. 194 a. E., Wirth die libertatis usucapio S. 51 fg., R. Cohnfeldt die irregulären Servituten S. 83—87, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 149—140. Doch fehlt es auch nicht an abweichenden Ansichten, worunter namentlich die von Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 70 fg. aufgestellte, von Elvers §. 40 gebilligte, zu erwähnen ist, daß die libertatis usucapio bei allen Dienstbarkeiten außer den Wegegerechtigkeiten und der Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeit erforderlich sei. Vgl. über sonstige abweichende Ansichten Unterholzner §. 218. — Eine andere Frage ist es, ob nicht Justinian das frühere Recht abgeändert habe. Es wird nämlich behauptet: 1) auf Grund von l. 16 §. 1 C. de usufr. 3. 33, daß Justinian das Erforderniß der Ersitzung der Freiheit auf den Nießbrauch ausgedehnt, 2) auf Grund von l. 13 C. de serv. 3. 34, daß er die Ersitzung der Freiheit bei allen Grunddienstbarkeiten für überflüssig erklärt habe. Die erste Meinung hat in der citirten Stelle eine nicht unscheinbare Stütze (— „sancimus, . . nec ipsum usumfructum non utendo cadere, . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum absentem vel praesentem excludere“). Doch erscheint es gerathener, bei der gegenwärtig herrschenden Meinung (dafür auch Seuff. Arch. VI. 316) stehen zu bleiben, welche in den bezeichneten Worten nur eine Aenderung der Zeit der Verjäh-

des von der Dienstbarkeit geforderten factischen Zustandes befindet[3]. Darauf, von wem die Ausübung geschehen ist, kommt es nicht an, wenn nur gerade dieses bestimmte Recht ausgeübt worden ist[4]. Daß der Berechtigte an der Ausübung durch eine ihm nicht zur Last fallende Thatsache verhindert worden ist, schließt den Untergang der Dienstbarkeit nicht aus[5]. c) Zur Ersitzung der

---

rung angeordnet findet. Dafür spricht außer l. 13 C. de serv. 3. 34, wo Justinian über den Inhalt der l. 16 selbst Auskunft gibt, die Erwägung, daß Justinian nach seiner Art eine weiter gehende Aenderung des bestehenden Rechts kaum so kurz ausgedrückt haben würde, sowie die Aufnahme der von dem Untergang des Nießbrauchs durch bloßen Nichtgebrauch redenden Stellen in Institutionen und Pandekten (s. den Anfang der Note). Vgl. über diese Frage Unterholzner §. 225, Vangerow a. a. O. Nr. 1, Elvers S. 780. 781. Weniger bezweifelbar, und daher auch von den meisten älteren und neueren Juristen anerkannt, ist es, daß auch durch die l. 13 C. cit. lediglich die Verjährungszeit hat abgeändert werden sollen. Vgl. Unterholzner §. 224, Vangerow a. a. O. Nr. 3.

[2a] Man verwechsle nicht Nichtausübung und Nichtbesitz. Die Nichtausübung als solche hat noch nicht Verlust des Besitzes zur Folge; dazu gehört ein in contrarium actum. Vgl. §. 163 Note 11. 12. Auch Seuff. Arch. XIX S. 360.

[3] L. 12 (vgl. l. 19 pr.) D. quemadm. serv. 8. 6: — „si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur".

[4] Der Nießbrauch wird nicht verloren, wenn er nur im Namen des Berechtigten, obgleich nicht in Folge Auftrags, ausgeübt worden ist, die Grunddienstbarkeit nicht, wenn sie als eine diesem Grundstück zustehende, obgleich durch einen unredlichen Besitzer desselben, ausgeübt worden ist. L. 12 §. 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 5. 6. pr. l. 16. 20—24 D. quemadm. serv. 8. 6. — Theilweise Ausübung: l. 20. 25 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 2 D. quemadm. serv. 8. 6 (vgl. Seuff. Arch. X. 233), l. 8 §. 1 l. 9 l. 17 eod. Unrichtige Ausübung: l. 10. 11 pr. l. 18 pr. eod., l. 5 §. 1 D. de aqua quot. 43. 20. Ausübung bei Mehrheit der dienenden Grundstücke: l. 18 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (dazu Elvers S. 848 fg.). — Liegt eine Ausübung des Nießbrauchs schon in der bloßen Thatsache, daß man für Ueberlassung desselben von einem Andern etwas empfängt? Darüber widersprechende Entscheidungen in l. 38—40 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. 7. 4. — [Vgl. noch Seuff. Arch. XXI. 24.]

[5] Vorbehaltlich jedoch des Anspruchs auf Wiedereinsetzung. L. 14 pr. l. 19 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 34 §. 1 l. 35 D. de S. P. R. 8. 3, l. 23 §. 2 ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3. Seuff. Arch. VIII. 349 Nr. 5.

Freiheit ist nothwendig, daß die dienende Sache während der Verjährungszeit als freie besessen worden sei[6], d. h. näher: in einem der Dienstbarkeit widersprechenden[7], durch menschliche That hervorgerufenen[8] Zustand. Dabei darf die Handlung, durch welche der der Dienstbarkeit widersprechende Zustand hervorgerufen worden ist, weder gegen den Willen des Berechtigten, noch hinter seinem Rücken, noch vergünstigungsweise[9], und muß in gutem Glauben vorgenommen worden sein[10]. d) Die Verjährungszeit beträgt, ohne Unterschied zwischen Nichtausübung und Freiheit der Ersitzung, so wie ohne Unterschied zwischen Dienstbarkeiten an beweglichen und unbeweglichen Sachen, zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden[11]. e) Durch die

[6] L. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2.

[7] Der serv. non altius tollendi gegenüber ist erforderlich, daß höher gebaut, der serv. tigni immittendi gegenüber daß das Loch, in welchem der Balken gelegen, verstopft worden sei, l. 6 D. de S. P. U. 8. 2, l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. 8. 6. Vgl. Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 59. 60, Rudorff krit. Jahrb. d. deutsch. RW. 1844 S. 327, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 138.

[8] L. 7 D. de S. P. U. 8. 2.

[9] Das Letztere sagen ausdrücklich l. 32 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4; daraus und aus der Analogie der Dienstbarkeitsersitzung muß auf das Andere geschlossen werden. Unterholzner II S. 219; a. M. Wirth S. 59—62, Elvers S. 777 Note 9.

[10] Die Vorschrift des canonischen Rechts (c. 20 X. de praescr. 2. 26) gilt auch für diesen Fall. So auch Unterholzner S. 220, Vangerow a. a. O. g. E. (S. 788); a. M. Brinz S. 279. Die Erkenntnisse bei Seuff. VI. 316, VIII. 349 Nr. 3, X. 20, welche das Erforderniß des guten Glaubens leugnen, sprechen nur von dem non usus.

[11] Im älteren Recht betrug die Verjährungszeit bei Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen ein Jahr, bei Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen zwei Jahre, Paul. S. R. I. 17 §. 1. 2. III. 6 §. 30, l. 13 C. de serv. 3. 34. Die Aenderung hat Justinian getroffen, l. 16 §. 1 C. de usufr. 3. 33, l. 13 C. de serv. 3. 34. Abgelaufen ist die Verjährungszeit, wo es auf Nichtgebrauch ankommt, mit der Beendigung, wo auf Freiheitsersitzung, mit dem Anbruch des letzten Tages (nach Analogie des für die Eigenthumsersitzung Geltenden, §. 180 Note 5). Bei der Ersitzung der Freiheit findet Zusammenrechnung verschiedener Besitzeszeiten nach den Grundsätzen der Eigenthumsersitzung (§. 181) Statt; l. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2 spricht von einem Fall, wo der folgende Besitzer ohne Rechtsnachfolge eingetreten ist, oder ist zu

Erhebung des Processes wird auch diese Verjährung unterbrochen[12]. f) Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumsersitzung müssen auch hier zur Anwendung gebracht werden[13]; dafür ist aber auch eine außerordentliche Verjährung, welche ihre Zeitfrist von der Anspruchsverjährung entlehnt, anzuerkennen[14]. g) Dem Untergang durch Nichtgebrauch ist ganz entzogen der Nießbrauch, zu welchem Jemand ein Jahr um das andere berechtigt ist[15], das Wohnungsrecht[16], und das Recht des Weges zu einem Grabmal[17].

VI. Der Dienstbarkeitsanspruch*.

§. 217.

Der dem Dienstbarkeitsrechte entsprechende Anspruch ist dar-

---

einer Zeit geschrieben, wo die Zusammenrechnung bei der Sondernachfolge noch nicht anerkannt war. Unterholzner §. 234, Wirth S. 55. 56. Bei der Verjährung durch bloße Nichtausübung versteht es sich von selbst, daß die Nichtausübung des früheren Berechtigten dem jetzigen Berechtigten angerechnet wird, vgl. l. 18 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. Ueber die Berechnung der Verjährungszeit in dem Falle, wenn die Dienstbarkeit nur zu bestimmten Zeiten ausgeübt werden darf, s. l. 7 D. quemadm. serv. 8. 6, l. ult. pr. C. de serv. 3. 34. Ist ein Nießbrauch „alternis annis" hinterlassen, so wird er durch Nichtgebrauch gar nicht verloren „qui plura sunt legata", l. 28 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 13 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. III §. 656 Note 4, und Unterholzner S. 221—224, Elvers S. 783—785.

[12] Nach classischem römischem Recht unterbrach auch hier, wie bei der Eigenthumsersitzung, die Erhebung des Processes die Verjährung nicht, aber das Urtheil nahm auf Ablauf derselben keine Rücksicht (l. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5). Für das Justinianische Recht muß auch hier l. 2 C. de ann. exc. 7. 40 als maßgebend erachtet werden (vgl. §. 180 Note 7, §. 213 Note 4).

[13] Entweder auch hier, oder auch nicht bei dem Erwerbe der Dienstbarkeiten durch Ersitzung; wird der Schluß von dem totalen Recht auf das partielle in diesem letzteren Falle gemacht, so muß er auch in unserem gemacht werden. Vgl. überdieß l. 28 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 10 pr. D. quemadm. serv. 8. 6, l. 5. 6 D. de fundo dotali 23. 5; aber auch l. 78 §. 2 D. de I. D. 23. 3, l. 3 §. 5 D. de reb. eor. 27. 9 (II §. 441 Note 8).

[14] Vgl. überhaupt Unterholzner §. 229; aber auch Elvers S. 774.

[15] S. Note 11 a. E.

[16] L. 10 pr. D. de usu 7. 8. Nach römischem Recht gehörten hierher auch die operae legatae. S. §. 208 Note 8. 9.

[17] L. 4 D. quemadm. serv. 8. 6.

* Dig. 7. 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur.

auf gerichtet, daß Niemand sich mit dem der Dienstbarkeit gemäßen Willen in thatsächlichen Widerspruch setze. Gegen denjenigen, welcher dieß dennoch thut, geht der Dienstbarkeitsanspruch auf Wiederaufhebung der darin liegenden Rechtsverletzung; durch die Verweigerung seiner Befriedigung wird dieser Anspruch zur Dienstbarkeitsklage (§. 122)[1]. Die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung besteht, so weit ein dauernder, der Dienstbarkeit widersprechender Zustand herbeigeführt worden ist, in der Herstellung des der Dienstbarkeit entsprechenden Zustandes, jedenfalls in Ersatz des durch die Schuld des Verletzers angerichteten Schadens[2]; außerdem kann der Verletzte auch hier, wie bei der Verletzung des Eigenthums durch Eingriff, verlangen, daß ihm durch das Urtheil Sicherheit gegen künftige Verletzung gegeben werde[3]. Geltendmachen kann den Anspruch aus der Rechtsverletzung der Dienstbarkeitsberechtigte[4], bei Grunddienstbarkeiten aber nicht bloß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[5], sondern auch der Emphyteuta und der Superficiar, der Pfandgläubiger und der Nießbraucher[6], so wie

8. 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Elvers §. 76. 77. Glück IX S. 423 fg. X S. 230 fg. Sintenis I S. 594—595.

[1] Actio confessoria, l. 2 pr. D. si serv. 8. 5 (§. 198 Note 8). Eine Verschiedenheit der actio (der formula), wie beim Eigenthum, wird hier durch die Verschiedenheit der Verletzung nicht begründet; die confessoria gilt bei totaler wie bei partieller Verletzung. §. 217.

[2] L. 4 §. 2. 5 l. 6 §. 6 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 5 C. de serv. 3. 34. Vgl. §. 198 Note 5. Besteht die Rechtsverletzung in der Vorenthaltung der Sache, zu deren Innehabung der Dienstbarkeitsberechtigte befugt ist, wie beim Nießbrauch, so treten die gleichen Grundsätze ein, wie bei dem Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung (§. 193—197). Vgl. l. 5 §. 3—5 (6) l. 6 D. si ususfr. 7. 6. [Göppert die organischen Erzeugnisse S. 143 fg. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 509.]

[3] Nach römischem Recht durch Auferlegung einer Caution (l. 5 §. 6 [7] D. si ususfr. 7. 4, l. 7 D. si serv. 8. 5), nach heutigem durch Strafdrohung. Vgl. §. 198 Note 6.

[4] L 5 pr. D. si ususfr. 7. 6.

[5] L. 2 §. 1 l. 6 §. 3 D. si serv. 8. 5.

[6] L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 3 §. 3 l. 9 D. de O. N. N. 39. 1, l. 1 §. 9 D. de superf. 43. 18, l. 1 §. 5 D. de remiss. 43. 25. Dem Nießbraucher gab die herrschend gewordene Meinung der römischen Juristen nicht utilis confessoria actio aus der Grunddienstbarkeit, sondern verwies ihn auf die vindicatio usufructus, d. h. die directa confessoria actio aus dem Nieß-

der redliche Erwerber[7]. Steht das herrschende Grundstück im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer den Anspruch ohne Zuziehung des andern verfolgen[8]. — Einen gleichen Anspruch wie die wirklich begründete Dienstbarkeit gewährt der bloße redliche Erwerb derselben gegenüber einem Jeden, welcher nicht seinerseits Eigenthum an der Sache oder wenigstens redlichen Erwerb derselben darthun kann[9].

---

brauch (l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 §. ult. D. de O. N. N. 39. 1), während Julian die entgegengesetzte Meinung vertheidigte (l. 1 §. 4 D. de remiss. 43. 25, l. 2 D. de O. N. N. 39. 1). Das war eine Frage bloß nach der Einrichtung der formula; sachlich war es unbestritten, daß der Nießbraucher die Ansprüche aus den dem Nießbrauchsgrundstücke zustehenden Dienstbarkeiten verfolgen könne. Vgl. Ihering Abhandlungen S. 124—127. 140; übrigens auch Dernburg Pfandr. II S. 389—390. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 181 fg. will den Pfandgläubiger nur im Falle des Faustpfandes zulassen, in unberechtigter Pressung des von den citirten Stellen gebrauchten Ausdruckes pignus.

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, folgt aber von selbst daraus, daß der redliche Besitzer sogar die Sache selbst verfolgen kann.

[8] Erfolgt jedoch eine Geldcondemnation, so wird ihm der Beklagte nur nach Maßgabe seines Eigenthumsantheils condemnirt; dagegen gilt die Entscheidung über die Zuständigkeit selbst auch für die andern Miteigenthümer. L. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5. Vgl. §. 132 Note 4—6.

[9] Mit andern Worten: die actio confessoria kann auch als Publiciana angestellt werden. In den Quellen ist das nicht ausdrücklich gesagt (l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 3 spricht nicht von dem Fall der Bestellung durch den Nichteigenthümer, sondern von dem Fall der Bestellung in civilrechtlich nicht genügender Form, vgl. §. 212 Note 1 gegen das Ende); aber die Analogie des Eigenthums läßt sich nicht abweisen. Beruft sich der Beklagte nicht auf Eigenthum sondern auf redlichen Besitz, so ist in der §. 199 Num. 4 bezeichneten Weise zu unterscheiden. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob auch die Bestellung durch den unredlichen Besitzer zur Publiciana confessoria berechtige. Vgl. Hasse Rhein. Mus. I S. 116 Note 55, Ihering Abhandlungen S. 143—145, H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 158—163, Arndts §. 191 Anm.; Seuff. Arch. XIV. 209. Ueber die Conception der formula vgl. Keller §. 185 Note 2.

Sechstes Kapitel.

Emphyteusis und Superficies.

Einleitung.

§. 218.

Die Dienstbarkeiten sind Nutzungsrechte an fremder Sache, denen gegenüber das Eigenthumsrecht, welches sie beschränken, das vorwiegende Recht ist (§. 200). Es gibt aber auch Nutzungsrechte an fremder Sache, welche durch ihren Inhalt und ihre Dauer so hoch gesteigert sind, daß sie dem Eigenthumsrechte nur noch eine untergeordnete Bedeutung lassen. Solche Nutzungsrechte hat sowohl das römische, wie das germanische Rechtsleben ausgebildet. Die römischnn Bildungen dieser Art sind die Emphyteusis und die Superficies, jene auf fruchttragende Grundstücke, diese auf Gebäude berechnet[1]; aus dem germanischen Recht gehören hierher das Lehensverhältniß und die verschiedenen particularrechtlichen Gestaltungen des bäuerlichen Verhältnisses, bei welchen der Bauer auf der einen Seite nicht Eigenthum, und auf der andern Seite doch ein dingliches Recht hat[2]. Die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit der römischen Grundsätze über Emphyteusis und Superficies darf nicht bezweifelt werden. Zwar braucht es nicht erst gesagt zu werden, daß die genannten römischen Bezeichnungen dem heutigen Volksleben fremd sind; aber wenn man auch davon absehen will, daß aus früherer Zeit in Deutschland noch Rechtsverhältnisse übrig sind, welche mit Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder doch unter ausdrücklicher oder sonst unzweifelhafter Beziehung auf das römische Recht begründet worden sind, und ferner davon, daß durch gelehrt gebildete Juristen oder unter Mitwirkung solcher eine derartige Begründung auch gegenwärtig noch vorkommen kann: so ist doch auch, wo heutzutage ohne Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder ohne

---

[1] An beweglichen Sachen kennt Nutzungsrechte der bezeichneten Art weder das römische noch das deutsche Recht. §. 218.

[2] Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von **Eichhorn** §. 245 fg., **Gerber** §. 138 fg., **Beseler** §. 183 fg.

ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung auf das römische Recht, Rechtsverhältnisse an fremder Sache begründet werden, welche nach der Absicht der Parteien eine unbeschränkte Nutzungsbefugniß gewähren und zugleich eine immerwährende oder doch längere Dauer haben sollen, für die Anwendung der römischen Grundsätze ein breiter Raum gelassen. Vor Allem, wenn das Nutzungsobject ein Gebäude ist; in diesem Falle ist die römische Theorie der Superficies unmittelbar maßgebend. Dieß ist auch unbestritten, da sich in Betreff von Gebäuden abweichende deutschrechtliche Bildungen dem römischen Rechtsinstitute nicht an die Seite gestellt haben. Aber auch wenn das Nutzungsobject ein fruchttragendes Grundstück ist, muß zwar in erster Linie darauf gesehen werden, ob nicht die Parteien ein deutschrechtliches Rechtsverhältniß der Art haben begründen wollen, wie es bei ihnen particularrechtlich üblich ist, und wenn bei ihnen ein Rechtsinstitut dieser Art particularrechtlich besteht, ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß dieß ihr Wille wirklich sei: sobald aber für eine solche Auslegung des Verleihungswillens kein Raum ist, wird auch hier nichts Anderes übrig bleiben, als die römischen Grundsätze von der Emphyteusis zur Anwendung zu bringen[3].

Es liegt nahe, den Versuch zu machen, die römischen, dem Volksleben unverständlichen Bezeichnungen durch entsprechende deutsche wiederzugeben, wobei sich namentlich die Ausdrücke Erbpachtrecht, Erbzinsrecht darbieten. Da jedoch diese Ausdrücke bereits zur Bezeichnung ähnlicher deutschrechtlicher Verhältnisse in Beschlag genommen sind, so wird, wenn nicht Verwirrung in die Theorie gebracht werden soll, von diesem Versuche abgestanden werden müssen.

Ueber die Auffassung, welche Emphyteusis und Superficies zu einer Art von Eigenthum (dominium utile) macht, ist schon oben (§. 169ª Note 9) gehandelt worden[4]; über die geschichtliche

---

[3] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta §. 174 a. E. und Vorles. dazu, Sintenis I S. 537—538, Arndts §. 195 Anm. 4, Wächter in der bei §. 223 citirten Schrift S. 27 fg. (der zweiten Ausg.).

[4] Der Zweifel, ob diese Rechte nicht Mehr, als Rechte an fremder Sache seien, liegt bei ihrer großen Umfassendheit sehr nahe. Schon Gajus (III. 145) mußte diesen Zweifel zurückweisen, und für die Emphyteusis hat Kaiser Zeno

Entwicklung dieser Institute im römischen Recht findet sich das Nöthige in der Note[5] bemerkt.

---

durch ein eigenes Gesetz (l. 1 C. de iure emphyt. 4. 66) ausdrücklich erklärt, daß sie zwar Mehr als Pachtrecht, aber weniger als Eigenthumsrecht sei. S. auch l. 1 §. 1 D. si ager vect. 6. 3, l. 3 §. 4 D. de reb. eor. 27. 9, l. 71 §. 5. 6 D. de leg. I° 30, l. 86 §. 4 D. eod., l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 2 D. de superfic. 43. 18. l. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 10 D. fam. erc. 10. 2. Allerdings aber drängt sich bei diesen Rechten die Vorstellung, daß der Berechtigte die Sache habe, und nicht bloß ein Recht an der Sache, fortwährend ein; den prägnantesten Ausdruck hat diese Vorstellung in l. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 1 gefunden, und nicht überall hat sie ihre Wirksamkeit auf die Gestaltung des Ausdrucks beschränkt. Vgl. außer den Schriftstellern, welche an dem im Texte bezeichneten Orte genannt sind, noch Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 11, Arndts in Weiske's Rechtslexicon III S. 851. 852, Schmid Handb. (näher citirt beim folgenden §.) II §. 20 Note 8. §. 25 Note 3, Vangerow I § 358 Anm. — Ueber und gegen die Idee Büchel's (civilistische Erörterungen I 3 S. 22—71. II S. 282—283, 2. Aufl. I S. 471), welcher das Wesen von Emphyteusis und Superficies darin sieht, daß sie Rechte auf Ausübung fremden Eigenthums seien (übereinstimmend, wenigstens in Betreff der Emphyteusis, Elvers Servitutenlehre §. 34), s. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 7.

[5] Das Justinianische Recht der Emphyteusis hat eine doppelte Wurzel, eine weströmische und eine oströmische; die Bezeichnung Emphyteusis gehört der oströmischen Bildung an, während in dem weströmischen Theil des Reiches das entsprechende Recht ius in fundo vectigali genannt wurde. Justinian's Compilatoren haben aus dem doppelten Rechtsinstitute ein einiges gemacht (vgl. die Rubrik von Dig. VI. 3 „si ager vectigalis *i. e. emphyteuticarius* petatur", auch l. 15 §. 1 D. qui satisd. 2. 8). Das Recht desjenigen, welchem ein ager vectigalis verliehen worden war, war ursprünglich kein dingliches Recht, sondern nur ein Pachtrecht; dem Pächter gewährte aber der Prätor (vgl. Arndts im Rechtslex. III S. 852 Note 27, dens. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 280—282) mit Rücksicht auf die immerwährende oder lange Dauer der Pacht eine actio in rem (l. 1—3 D. tit. cit), und aus dieser actio in rem hat dann die Jurisprudenz die Dinglichkeit des Rechts entwickelt (l. 71 §. 5. 6 D. de leg. I° 30). In gleicher Weise war die Superficies ursprünglich nur obligatorisches Recht, und ist zum dinglichen Recht ebenfalls auf Grund der vom Prätor verliehenen actio in rem geworden (l. 1 pr. §. 1. 3 D. de superfic. 43. 18, l. 73 §. 1 — l. 75 D. de R. V. 6. 1, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 86 §. 4 D. de leg. I° 30). Vgl. Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 249 Note 6, A. Vuy citirt beim folgenden §., Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 849—851, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI. 7.

I. Emphyteusis*.

A. Rechte und Pflichten des Emphyteuta.

§. 219.

Der Emphyteuta hat das Recht der vollständigen Nutzung des fremden Grundstücks[1], ohne daß er an die dem Nießbraucher gezogenen Schranken (§. 203) gebunden wäre; nur verschlechtern darf er das Grundstück nicht[2]. Die Früchte erwirbt er, wie der Eigenthümer, durch die bloße Trennung von der Hauptsache[3]. Er überträgt sein Recht auf seine Erben[4], und kann es auf Todesfall wie unter Lebenden veräußern[5]; ebenso kann er es

---

* Dig. 6. 3 si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. Cod. 4. 66 de iure emphyteutico. — Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 406—443 (1817). A. Vuy de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum (1838). Arndts in Weiske's Rechtslexicon III S. 849—884 (1844). Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts II S. 1—57 (1848). Glück VIII S. 378—556, Sintenis I §. 55.

§. 219. [1] Es ist oben bemerkt worden, daß das Institut der Emphyteusis auf fruchttragende Grundstücke berechnet sei; daß es bei Gebäuden unmöglich sei, darf nicht behauptet werden. Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 1 §. 2, [l. 15 §. 26 D. de damno cnf. 39. 2]. v. Buchholtz Abhandl. S. 306—309, Arndts S. 853. 854, Schmid §. 20 Note 11.

[2] Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8.

[3] L. 25 §. 1 de usur. 22. 1. Vgl. Schmid S. 55—56. — Auf den Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch; doch ist dieß bestritten. Vgl Schmid §. 22 Note 31, Arndts S. 855.

[4] §. 3 I. de loc. 3. 24, l. 1 pr. D. h. t. Die für kirchliche Emphyteusen in Nov. 7 c. 3 pr. vorgeschriebene Beschränkung der Erblichkeit ist später wieder weggefallen, Nov. 120 c. 1 §. 2 c. 6 §. 1, c. 7 X. de reb. eccl. alien. 3. 13. Schmid §. 22 Note 5, Arndts S. 855 Note 42.

[5] §. 3 I. cit., l. 71 §. 5. 6 l. 39 §. 5 D. de leg. I° 30, l. 3 C. h. t. Bei der Umfassendheit des Rechts liegt es nahe, als Gegenstand der Veräußerung, wie beim Eigenthum, die Sache selbst zu bezeichnen, und das thun die drei ersten der citirten Stellen (vgl. auch l. 66 pr. D. de evict. 21. 2) in der That; aber deßwegen ist es in der Wirklichkeit nicht weniger ein Recht an fremder Sache, welches veräußert wird. L. 71 §. 6 cit. „Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus". Vgl. auch

verpfänden[6]. Er kann das ihm unterworfene Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren[7], natürlich nur für die Dauer seines Rechts[8]. Gegen Jeden, welcher ihm das Grundstück vorenthält, hat er einen Anspruch auf Herausgabe desselben, und kann diesen Anspruch klagend verfolgen[9]; das Nähere für denselben bestimmt sich durch die Analogie des Eigenthumsanspruchs[10]. In gleicher Weise kann er eine dem Grundstück zustehende Dienstbarkeit, so wie die Freiheit des Grundstücks gegenüber einem Dienstbarkeitsanspruch, geltend machen und im Processe vertreten[11]. Gleiche Ansprüche, wie die wirklich begründete Emphyteusis, gewährt der redliche Erwerb derselben gegenüber einem Jeden, welcher nicht seinerseits Eigenthum an dem Grundstück oder wenigstens redlichen Erwerb desselben darthun kann[12].

---

l. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, wo es selbst vom Nießbraucher das eine Mal heißt, daß er „usumfructum", das andere Mal, daß er „fundum" vermiethe.

[6] L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 31 D. de pign. 20. 1. Diese Stellen bezeichnen ebenfalls als Gegenstand der Verpfändung nicht das Recht, sondern die Sache. Vgl. §. 227 Note 3.

[7] L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. Vgl. Thibaut Versuche II. 15 S. 303—310, Buchholtz Versuche S. 199—200, Schmid §. 22 Note 11.

[8] Nur in dem Falle überdauern sie sein Recht, wo dasselbe durch Zusammentreffen mit dem Eigenthumsrechte erlischt. In diesem Falle dauert auch das an der Emphyteuse bestellte Pfandrecht fort. Vgl. §. 205 Note 4 a. E., §. 206 Note 10 a. E., und über die verschiedenen Ansichten Arndts S. 856, Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 296 fg. und Erläuterungen I S. 270 fg., Schmid §. 22 Note 13, Dernburg Pfandr. I S. 221, Scheurl krit. VJSchr. II S. 445 unt. 446, Bekker das. VI S. 482, Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbauch S. 59—60, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 153.

[9] Er hat eine in rem actio, welche den besonderen Namen vectigalis actio führt. L. 1 §. 1 D. h. t., l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 66 pr. D. de evict. 21. 2.

[10] Die actio des Emphyteuta ist eine utilis rei petitio, l. 16 D. de serv. 8. 1.

[11] Er hat utilis confessoria actio (utilis servitutis petitio) und utilis negatoria actio. Für die confessoria sagt dieß ausdrücklich l. 16 D. de serv. 8. 1, für die negatoria folgt es aus der utilis rei petitio.

[12] Der Emphyteuta hat die Publiciana actio, l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2. Vgl. §. 217 Note 9.

§. 220.

Der Emphyteuta ist verpflichtet, das Grundstück in gutem Stande zu erhalten[1]. — Er muß die Lasten der Sache tragen[2], und dem Eigenthümer der Sache eine jährliche Abgabe entrichten[3]. Die Höhe der Abgabe bestimmt sich durch die bei der Verleihung gemachte Festsetzung; regelmäßig steht sie zu dem Fruchtertrag des Grundstücks in keinem Verhältniß, da die Emphyteusis auf Verbesserung des Grundstücks durch den Empfänger berechnet ist[4].

---

§. 220. [1] Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8. — Compensation der Verbesserungen mit den Verschlechterungen: Thibaut Versuche II. 15 Nr. 2. — Kann der Emphyteuta für seine Verbesserungen von dem Eigenthümer Ersatz verlangen? Für gewisse Fälle des Verlustes der Emphyteuse zur Strafe ist die Frage gesetzlich verneint, l. 2 C. h. t., Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8. Sie ist aber auch überhaupt zu verneinen; der Emphyteuta hat seinen Ersatz darin, daß er seine Verbesserungen genießen oder (den Genuß derselben) veräußern kann (vgl. l. 3 C. h. t.). Doch ist dieser Punkt bestritten; vgl. Arndts S. 883, Schmid §. 23 Note 1.

[2] L. 2 C. h. t. Schmid §. 23 Note 11.

[3] In den Quellen canon, pensio, vectigal, reditus genannt, §. 3 I. de loc. 3. 24, l. 1 pr. l. 2 D. h. t. — Die Obligation auf Entrichtung der jährlichen Abgabe ist einerseits mit dem emphyteutischen Recht, und andererseits mit dem Eigenthum als solchem verbunden, und geht daher mit diesen Rechten auf jeden neuen Erwerber derselben über, ohne daß es erst eines neuen Vertrags mit dem neu Eintretenden bedürfte. Schmid S. 31, Brinz S. 287. 288. A. M. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 364, H. Muehler de iure emphyteutico transferendo §. 7. 10—14 (1835). S. auch Note 5.

[4] Die Emphyteusis stellt den Eigenthümer so eminent ungünstig, drückt sein Eigenthumsrecht so sehr auf einen bloßen Namen hinunter, daß der Eigenthümer sich zu einer solchen Verleihung, abgesehen von ganz besonderen Fällen, nur dann entschließen wird, wenn es ihm an Arbeits- und Capitalkraft fehlt, um sein Grundstück in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem es einen Fruchtertrag zu gewähren im Stande ist. — Wie ist es, wenn bei der Verleihung festgesetzt werden sollte, daß gar keine Abgabe zu entrichten sei? Gewöhnlich nimmt man die Verpflichtung zur Entrichtung einer Abgabe in die Definition des Rechtsinstitutes auf, und Arndts (S. 884) erklärt die Abgabe ausdrücklich für wesentlich zum Dasein der Emphyteusis. Aber ich sehe nicht ein, warum eine solche Festsetzung ungültig, oder wegen ihrer das verliehene Recht, wenn nur die Absicht der Begründung einer Emphyteusis sonst feststeht, weniger unter den Grundsätzen von der Emphyteusis stehen sollte. Vgl. auch Wächter in der bei §. 223 citirten Schrift S. 59 fg. (der zweiten Ausg.).

So lange die Abgabe nicht entrichtet ist, braucht der Eigenthümer die Ausübung des emphyteutischen Rechts nicht zu gestatten[5]. Rückstände gehen auf den neuen Erwerber der Emphyteuse über[6]. Auf Erlaß wegen geschmälerten Fruchtertrages, wie der Pächter, hat der Emphyteuta keinen Anspruch[7]. — Will der Emphyteuta

[5] Dieß geht hervor aus l. 16 §. 2 l. 17 D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 15 D. qui pot. 20. 3, welche Stellen den Satz enthalten, daß der Eigenthümer wegen der rückständigen Abgaben dem Pfandgläubiger (demjenigen, dem die Emphyteusis verpfändet worden ist) vorgehe. Dieß erklärt sich nur entweder aus einem dem Eigenthümer zustehenden gesetzlichen und privilegiirten Pfandrecht, von dem nichts bekannt ist, oder in der im Text bezeichneten Weise. — Wächter a. a. O. S. 88 fg. (der zweiten Ausg.) ist der Ansicht, daß der Eigenthümer gegen den Sondernachfolger des Emphyteuta nur das im Text bezeichnete Recht habe (Wächter spricht zwar unmittelbar bloß von der Superficies, will aber wohl unzweifelhaft das Gleiche auch für die Emphyteuse behauptet haben). Wächter meint, die Erstreckung der Schuld auf den Sondernachfolger sei eine zu tief in die Principien des römischen Rechts einschneidende Anomalie, als daß sie angenommen werden dürfte; überdieß ergebe sich aus dieser Erstreckung ein ius in re (Reallast) an eigener Sache. Aber das letztere Argument setzt doch eben voraus, daß die Reallast ein dingliches Recht sei, was sie meiner Ansicht nach nicht ist; und was das erste Argument angeht, so ist zuvörderst zu bemerken, daß auch das Pfandrecht mit obligatorischen Verpflichtungen verbunden ist, und der Uebergang dieser Verpflichtungen auf den Sondernachfolger in das Pfandrecht, soviel ich weiß, von Niemandem beanstandet wird. Daß diese Verpflichtungen nicht eine Geldabgabe, sondern ein gewisses Verhalten in Betreff der Pfandsache zum Gegenstand haben, kann doch keinen Unterschied machen. Für entscheidend aber halte ich das in der folgenden Note Bemerkte. [Entgegnung Wächters: S. 95 fg. der zweiten Ausg.]

[6] Ich stütze diesen Satz, den ich sonst nicht anerkannt finde, auf l. 39 §. 5 D. de leg. I° 30. „Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquae forma“, d. h. der Erbe muß die genannten Abgaben dem Vermächtnißnehmer, welcher seinerseits dem Gläubiger zu ihrer Entrichtung verpflichtet ist, ersetzen. Diese Auslegung ist nothwendig in Betreff der öffentlichen Abgaben (l. 7 pr. D. de publ. 39. 4, l. 36 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. de ann. et trib. 10. 16), und muß daher auch gemacht werden in Betreff des von dem Superficiar zu entrichtenden solarium, deßwegen aber auch in Betreff des von dem Emphyteuta zu entrichtenden vectigal, — wenn man nicht geradezu unter dem vectigal der Stelle auch das emphyteutische vectigal mit verstehen will.

[7] L. 1 C. h. t. Manche sind anderer Meinung, namentlich wegen l. 15 §. 4 i. f. D. loc. 19. 2, welche Stelle aber füglich auf die Pachtung von

veräußern, so muß er den Eigenthümer um seine Zustimmung angehen; dieser kann die Zustimmung zwar nicht willkürlich versagen, darf sich aber für die Ertheilung derselben eine Abgabe von 2% des Kaufpreises bez. des Werthes der Emphyteuse entrichten lassen. Ertheilt der Eigenthümer seine Zustimmung, ohne Grund für die Versagung zu haben, binnen zwei Monaten nach gestelltem Gesuch nicht, so kann der Emphyteuta nun ohne Zustimmung des Eigenthümers veräußern. Für den Fall des Verkaufs steht dem Eigenthümer ein Vorkaufsrecht zu; er muß sich aber über die Ausübung dieses Rechts binnen zwei Monaten nach gemachter Anzeige erklären[8].

2. Begründung der Emphyteusis.

§. 221.

Der hauptsächlichste Grund der Entstehung der Emphyteusis ist Vertrag zwischen dem Eigenthümer und demjenigen, welcher die Emphyteusis erwerben soll. Bei kirchlichen Emphyteusen bedarf dieser Vertrag schriftlicher Abfassung[1], sonst nur insofern, als durch den Vertrag ettwas von den gesetzlichen Regeln Abweichendes festgesetzt wird[2]. Besitzübergabe ist zur Entstehung

---

Gefällen bezogen werden kann. Vgl. Arndts S. 862—864, Schmid S. 32—34, Vangerow §. 359 Anm.

[8] Die hier angegebenen Verpflichtungen des Emphyteuta in Betreff der Veräußerung beruhen auf l. 3 C. h. t. Die Annahme des neuen Emphyteuta muß der Eigenthümer durch eine von ihm vollzogene Urkunde, oder gerichtlich zu Protocoll, oder vor einem Notar erklären. Die für die Ertheilung des Consenses zu entrichtende Abgabe wird heutzutage Laudemium, Handlohn, Lehnwaare genannt; nach der Praxis fällt sie dem Erwerber zur Last. Ist die Frist von 2 Monaten für die Ausübung des Vorkaufsrechts eine andere, als die Frist von zwei Monaten für die Ertheilung des Consenses? Dem Wortlaut der Stelle nach allerdings. Vgl. über diese und andere Fragen Arndts S. 864—867, Schmid S. 18. 36—39.

§. 221. [1] Nov. 120 c. 6 §. 2. Doch ist es nicht unbestritten, daß die schriftliche Abfassung Bedingung der Gültigkeit des Vertrages sei. Schmid §. 21 Note 6.

[2] L. 1 C. h. t. Andere leugnen die Nothwendigkeit schriftlicher Abfassung für diesen Fall, während noch Andere sie für alle Fälle behaupten Vgl. Arndts S. 870. 871, Schmid §. 21 Note 5.

des emphyteutischen Rechts nicht erforderlich[3]. — Die Emphyteusis kann aber nicht bloß durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß des Eigenthümers begründet werden[4]. Sie kann ferner durch richterliche Verfügung[5], und endlich auch durch Ersitzung begründet werden, mag an der Sache bisher eine Emphyteusis noch nicht bestanden haben, so daß der Eigenthümer es ist, welcher durch die Ersitzung verliert, oder mag die Sache bereits einer Emphyteusis unterworfen gewesen sein, so daß das Recht des bisherigen Emphyteuta es ist, welches durch die Ersitzung ausgeschlossen wird[6]. Zwar ist die Ersitzung der

---

[3] Dieselbe wird in den Quellen nirgends verlangt; umgekehrt heißt es in l. 1 §. 1 D. h. t.: „qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem . .“. Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 397, Hasse Rhein. Mus. I S. 93, Arndts S. 869, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 250—253, vgl. auch Wächter a. a. O. S. 61 fg. Doch hat auch die entgegengesetzte Ansicht viele Anhänger; s. Schmid S. 10 und die das. in Note 9 Genannten. — In Deutschland kommt auch hier die Grundbuchfrage in Betracht.

[4] Ohne daß, wie Einige behaupten, ein besonderer Contract zwischen Erbe und Vermächtnißnehmer nöthig wäre. Arndts S. 871—872, Schmid §. 21 Note 1. Vgl. Wächter a. a. O. S. 98 fg.

[5] Zwar ist es nicht wohl denkbar, daß der Richter im Theilungsproceß zur Begründung einer nicht bestehenden Emphyteusis Veranlassung haben könnte; aber man denke an den Fall, wo er ein auf Bestellung einer Emphyteusis gesprochenes Urtheil durch eventuelle eigene Bestellung sogleich vollstreckt. S. §. 173 Note 4 u. 5, §. 214 Note 2. Wächter a. a. O. S. 104 fg.

[6] Man pflegt in dem zweiten dieser Fälle von Uebergang einer bestehenden Emphyteusis durch Ersitzung zu reden (so auch Arndts S. 877 [anders in der 5. Aufl. der Pandekten §. 198 Anm.], Puchta Pand. §. 177. t). Das ist nicht zu billigen; der ganze Begriff der s. g. Translativverjährung (Unterholzner Verjährungslehre I §. 2) ist unhaltbar. Die Verjährung überträgt nie das Recht, welches bis dahin der Eine gehabt hat, auf einen Andern, sondern sie erzeugt für den Erwerber ein neues, d. h. von dem Rechte irgend welchen Vorgängers unabhängiges Recht. Schirmer die Grundidee der Usucapion S. 65, Wächter a. a. O. S. 107 fg. (vgl. dens. Württemb. Privatr. II S. 612 Anm. 4). Daher findet in den beiden im Text genannten Fällen ein juristischer Unterschied durchaus nicht Statt; in beiden wird eine Emphyteusis, welche bis dahin noch nicht bestanden hat, erzeugt. (Arndts an der oben genannten Stelle seiner Pandekten leugnet die juristische Unterschieds-

Emphyteusis in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt[7]; aber es ist nicht einzusehen, weßwegen sie im Sinne des römischen Rechts bei der Emphyteuse unzulässig sein sollte, wenn sie einerseits beim Eigenthum und andererseits bei den Dienstbarkeiten zulässig ist[8]. Im Besonderen muß die Analogie der Nießbrauchsersitzung entscheiden[8a]. —

losigkeit beider Fälle auch jetzt noch; bei der s. g. translativen Ersitzung sei der ursprüngliche Begründungsact für die Rechte und Pflichten des Emphyteuta maßgebend. Dagegen bemerkt Wächter a. a. O. S. 107 Note 11 mit Recht, daß für die Wirkung der Ersitzung nichts anderes maßgebend sei, als das Verhältniß der Ersitzung.)

[7] Ja für den zweiten der genannten Fälle wird die Zulässigkeit der *usucapio* ausdrücklich geleugnet, l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 (wo übrigens, übereinstimmend mit dem in §. 218 Note 4 Gesagten, als Gegenstand der usucapio nicht das ius in praedio vectigali, sondern das praedium vectigale selbst genannt wird), vgl. l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2. Aber dadurch ist die Zulässigkeit der Ersitzung überhaupt ebensowenig ausgeschlossen, wie sie es bei den Dienstbarkeiten dadurch ist, daß die lex Scribonia die usucapio servitutum aufgehoben hat.

[8] Für die Ersitzung s. Arndts S. 872—874. 877—878, Schmid S. 11—14, H. Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV. 6 (der Letztere hält für entscheidend die in der vorigen Note genannte l. 12 §. 2 D. de Publ., indem er von der daselbst für das ius in agro vectigali gewährten Publiciana auf die Ersitzbarkeit desselben zurückschließt, und die usucapio, deren Zulässigkeit die Stelle leugnet, auf das Eigenthum bezieht). Ueber l. 14 C. de fundo patr. 11. 61 s. Schmid a. a. O. Note 16, Francke a. a. O. S. 119. Die Frage ist übrigens sehr bestritten. Andere schließen entweder die Ersitzung ganz aus, oder wollen nur die außerordentliche zulassen, machen auch wohl einen Unterschied zwischen begründender und übertragender Ersitzung (Note 6). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II §. 239. 240, Puchta §. 177, Vangerow I §. 360 Anm. Nr. 2, Sintenis I §. 55 Anm. 27, und die Literaturübersicht bei Francke a. a. O. S. 116—118. — Kann eine Emphyteusis auch in der Weise durch Ersitzung begründet werden, daß das Eigenthum ohne die Emphyteusis ersessen wird? (Der Eigenthümer gerirt sich als Emphyteuta, und wird als solcher von dem Nichteigenthümer, welcher sich für den Eigenthümer hält, anerkannt.) Die Frage ist zu verneinen für den Fall, wo die Ausübung der Emphyteuse durch den Eigenthümer auf der Einräumung des Nichteigenthümers beruht, weil hier der Nichteigenthümer den Besitz verliert. S. §. 156 Note 3a, und außer den daselbst Citirten Schmid S. 15. 16.

[8a] Nicht die Analogie der Eigenthumsersitzung. Wenn man die Emphyteusis als Recht an fremder Sache anerkennt, so muß man sie auch als

Eine bestehende Emphyteusis kann übertragen werden durch die Willenserklärung des Emphyteuta, letztwillige oder vertragsmäßige[9], sowie durch Verfügung des Richters[10]. Bei Uebertragung durch Willenserklärung unter Lebenden wird hier nach Analogie des für den Eigenthumserwerb Geltenden Besitzübergabe verlangt[11].

3. Beendigung der Emphyteusis.

§. 222.

Abgesehen von den in §. 165 genannten allgemeinen Beendigungsgründen der dinglichen Rechte, durch welche mit der Emphyteusis auch das Eigenthum beendigt wird, und abgesehen von dem Zusammenkommen von Eigenthum und Emphyteusis in derselben Hand, wodurch die Emphyteusis kraft ihres Wesens als Recht an fremder Sache ihre formale Existenz verliert, hört die Emphyteusis durch folgende Thatsachen auf[1]:

---

solches behandeln, wo die Quellen nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmen (vgl. Note 11). Unter den Dienstbarkeiten aber steht der Nießbrauch der Emphyteusis am Nächsten. Vgl. Wächter a. a. O.; a. M. Schmid und Francke a. a. OO.

[9] S. §. 219 Note 5.

[10] L. 7 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 10 D. fam. erc. 10. 2, l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2, s. außerdem Note 5.

[11] Ich glaube nicht, daß dieß bestritten werden kann. L. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 knüpft an die Tradition die Publiciana actio an, die Publiciana aber verlangt nichts, was nicht auch für das Recht selbst erforderlich wäre. Vgl. auch l. 1 §. 7 D. de superfic. 43. 18: „Sed et tradi posse intellegendum est (sc. superficiem)". A. M. neuestens F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 77—78.

[1] Zu den im Folgenden genannten Thatsachen wird von den meisten Schriftstellern noch hinzugefügt der unbeerbte Tod des Emphyteuta. Es ist aber in der That nicht abzusehen, warum nicht die Emphyteusis mit dem übrigen Vermögen an den Fiscus fallen sollte. So auch Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 295 Note 23 und Erläuterungen I S. 404, Sintenis I §. 55 Note 35, vgl. auch Wächter (cit. bei §. 223) S. 123. Andere Schriftsteller welche sich für diese Meinung ausgesprochen hätten, kenne ich nicht. Vgl. Glück VIII S. 522, Schmid §. 24 Note 6. §. 222.

1) durch den Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung, unter welcher sie verliehen worden ist[2];

2) durch Aufgabe von Seite des Berechtigten, welche aber, wenn sie unter Lebenden erfolgt, um bindend zu sein, vom Eigenthümer acceptirt sein muß[3];

3) durch Verjährung, aber nicht durch bloße Nichtsausübung[3a] von Seiten des Berechtigten, sondern durch Ersitzung der Freiheit von Seiten des Gegners[4];

---

[2] S. §. 90 Note 4, §. 96 Note 6; l. 3 D. h. t. Vgl. auch Schmid §. 24 Note 4.

[3] Vgl. §. 215 Note 11. Bis zur Acceptation besteht also die Emphyteusis fort. Bis zur Acceptation ist daher auch der Emphyteuta von seinen Pflichten nicht frei, und wenn die Acceptation verweigert wird, wird er von seinen Pflichten gar nicht frei. Das Letztere ist freilich bestritten (dawider Arndts S. 878, Schmid §. 24 Note 9, Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 253—255); aber der bezeichneten Consequenz gegenüber wird es so lange behauptet werden müssen, bis sich für das Gegentheil ein Quellenzeugniß beibringen läßt, und dieß ist nicht möglich. Denn ein Rückschluß von dem für den Nießbrauch Anerkannten (§. 215 Note 11) ist in dieser Beziehung nicht erlaubt, da der Nießbrauch viel mehr lediglich im Interesse des Berechtigten besteht, als die Emphyteusis (auch abgesehen davon daß die Emphyteusis auf Cultivirung des Grundstücks berechnet ist, schon wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Canons). Hiernach kann die Beweiskraft der l. 3 C. de fundo patr. 11. 61, welche man für die hier vertheidigte Meinung ebenfalls geltend gemacht hat, dahin gestellt bleiben (vgl. Unterholzner Schuldverh. II S. 365 Note e). Nur wenn in einem gegebenen Falle weder ein Canon zu entrichten, noch die Emphyteusis auf eine im Interesse des Eigenthümers vorzunehmende Cultivirung des Grundstücks berechnet wäre, würde dem Emphyteuta einfache Dereliction zu gestatten sein. Vgl. Wächter (cit. bei §. 223) S. 120 fg. — Das Gleiche muß gelten, wenn die Emphyteusis durch Vermächtniß zurückgegeben wird (l. 71 §. 5 D. de leg. I° 30), und der Eigenthümer dieses Vermächtniß ausschlägt.

[3a] Dieß habe ich in der 1. Auflage behauptet, indem ich auf die Analogie des Nießbrauchs verwies. Aber mit Recht bemerkt dagegen Wächter (cit. bei §. 223) S. 112, daß der Untergang der Dienstbarkeiten durch bloße Nichtausübung etwas so Besonderes sei, daß es mehr als bedenklich sein würde, diese Art der Verjährung auf andere dingliche Rechte zu übertragen. Daraus, daß die Emphyteusis kein Eigenthumsrecht ist, folgt noch nicht, daß sie in allen Beziehungen nach den Grundsätzen von den Dienstbarkeiten behandelt werden muß.

[4] Nach Analogie der Ersitzung der Pfandfreiheit. S. §. 248 Num. 3. So auch die herrschende Meinung, vgl. Arndts S. 879—880, Schmid S. 43—45,

4) durch Verwirkung des Berechtigten[5]. Derselbe verliert nämlich zur Strafe sein Recht in folgenden Fällen: a) wenn er das Grundstück deteriorirt[6]; b) wenn er mit der Entrichtung der an den Eigenthümer zu leistenden Abgabe oder der öffentlichen Abgaben drei Jahre rückständig bleibt[7], — bei kirchlichen Emphyteusen genügt in Betreff der dem Eigenthümer zu leistenden Abgabe schon zweijährige Säumniß[8]; c) wenn er veräußert, ohne die ihm für diesen Fall obliegenden Pflichten (§. 220 Note 8) zu erfüllen[9]. Der Verlust der Emphyteusis tritt mit diesen Thatsachen ohne Weiteres ein[10]; wenn der Eigenthümer sein Recht

---

Unterholzner Verjährungslehre II §. 241. A. M. Wächter (cit. bei §. 223) S. 109 fg., welcher hier, wie beim Pfandrecht, nur Verjährung des Anspruchs (der Klage) annimmt. S. dagegen §. 248 Note 17. Man bemerke auch noch: wenn es eine das Recht, nicht bloß die Klage, aufhebende Verjährung gibt sowohl bei dem Höheren, dem Eigenthum, als dem Minderen, der Dienstbarkeit, warum sollte es eine solche Verjährung nicht auch bei dem Mittleren, der Emphyteusis, geben? [Wächter S. 115 Anm. 3.]

[5] Man spricht in diesen Fällen gewöhnlich von einer „Privation" des Berechtigten.

[6] Nov. 120 c. 8, Auth. *Qui rem* C. de ss. eccl. 1. 2. Diese Stellen handeln zwar nur von kirchlichen Emphyteusen; aber sie stellen neben den Emphyteuta den gewöhnlichen Pächter, und für die Pacht gilt der gleiche Grundsatz (l. 3 C. de loc. 4. 65). Vgl. c. 2 §. 7 C. 10 qu. 2 und Schmid §. 24 Note 14—19.

[7] L. 2 C. h. t. Daß die entscheidenden Worte dieser Stelle: „sin . . . per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit" nicht conjunctiv, sondern alternativ zu fassen sind, nimmt die herrschende Meinung an, theils wegen des unmittelbar vorhergehenden „si solitam pensionen *vel* publicarum functionum apochas non reddiderit", theils wegen Nov. 7 c. 3 §. 2. Arndts S. 881 Note 157, Schmid §. 24 Note 20. — Mahnung durch den Eigenthümer ist nicht erforderlich, l. 2 C. cit., c. 4 i. f. X. de loc. 3. 18. Vgl. hierüber und über andere hierher gehörige Fragen Arndts S. 880. 881, Schmid S. 47—51.

[8] Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8, c. 4 X. de loc. 3. 18.

[9] L. 3 i. f. C. h. t., c. 4 X. de loc. 3. 18.

[10] L. 2 C. h. t.: — „suo iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat". L. 3 eod.: — „iure emphyteutico cadat". Nov. 7 c. 3 §. 2: — „fient omnino extranei emphyteumatis". In Nov. 120 c. 8 heißt es unbestimmter: — „damus licentiam eiicere . . de emphyteusi". Doch kann nach canonischem Recht der Verlust wegen Nichtentrichtung des Canon durch schleunige Nachzahlung („celeri satisfactione") abgewendet werden, c. 4 X. de loc. 3.

klagend verfolgt, so hat der von ihm erlangte Richterspruch nur declaratorische Bedeutung. Jedoch ist natürlich der Eigenthümer nicht genöthigt, von seinem Recht Gebrauch zu machen; thut er es nicht, so wird es so angesehen, als sei die Emphyteusis nie verloren worden[11].

II. Superficies*.

§. 223.

Das Recht der Superficies beruht auf der Vorstellung, daß Jemandem ein Gebäude oder eine sonstige auf einem Grundstück befindliche Anlage[1] gehöre ohne den Grund und Boden[2]. Ein solches Rechtsverhältniß ist aber juristisch nicht möglich, da das mit dem Grund und Boden (dauernd) Zusammenhängende keine selbständige Existenz für sich hat, sondern nur Bestandtheil des Grundes und Bodens ist, daher auch nicht Gegenstand eines besonderen Rechts sein kann, sondern von dem am Grund und Boden stattfindenden Rechtsverhältniß nothwendig mit ergriffen

---

18. Unter „schleuniger" Nachzahlung ist zu verstehen Nachzahlung vor der Erklärung des Eigenthümers, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Arndts S. 881 Note 159. Andere gestatten Nachzahlung bis zur erhobenen Klage. Schmid §. 24 Note 28.

[11] Ueber das Ganze s. Arndts S. 882, Schmid S. 52—54.

* Dig. 43. 18 de superficiebus. — Wächter das Superficiar- oder Platzrecht. Fünf akademische Programme. 1866—68. [Von dieser Schrift ist seitdem eine zweite, sehr vermehrte und theilweise umgearbeitete Ausgabe erschienen in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band, 1868. Nach dieser Ausgabe wird hier citirt. — Noch vor dieser zweiten Ausgabe ist erschienen: Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 1—124 (1868).] Gesterding (cit. bei §. 219) S. 444—454. Schmid (das.) S. 57—85. Sintenis I §. 56.

§. 223. [1] S. Note 19. 20.

[2] L. 9 §. 4 D. de damno inf. 39. 2: — „si solum sit alterius, superficies alterius"; l. 74 D. de R. V. 6. 1: — „qui in alieno solo superficiem . . habet"; ebenso l. 1 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17: — „coenaculum . . in quo alius quasi dominus moretur" (doch verstehen Andere unter diesem quasi dominus einen Bewohner, der sich wirklich für den Eigenthümer hält oder ausgibt, vgl. Wächter S. 33 fg.). Auch in l. 12 §. 3 D. de Publ. 12. 3 möchte man das „a non domino" auf den veräußernden Superficiar beziehen.

wird[2a]. In dieser Weise wird die Superficies zu einem Rechte an fremder Sache (Grundstück mit der darauf befindlichen Anlage)[3], dessen Inhalt freilich, wie der Inhalt der Emphyteusis, aus der Vorstellung heraus bestimmt wird, daß der Superficiar Mehr als ein Recht an fremder Sache habe. So hat auch er, wie der Emphyteuta, ein unbeschränktes Benützungsrecht, ja es muß ihm, wenn nicht das Gegentheit ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzt ist, selbst das Recht der Verfügung über die Substanz der superficiarischen Sache zugestanden werden[4]; er überträgt sein Recht auf seine Erben[5], und kann es auf Todesfall wie unter Lebenden veräußern[6], so wie verpfänden[7]; er kann auf die Dauer seines Rechts Dienstbarkeiten an dem Grundstück bestellen[8]; er kann sein Recht gegen Jedermann, nöthigenfalls klageweise, geltend machen, und sowohl die dem Grundstück zustehenden Dienstbarkeiten, als die Freiheit des Grundstücks von Dienst-

---

[2a] S. §. 138 a. E., §. 188 Note 4. 7. [Degenkolb S. 114 fg. und Beil. I. Wächter S. 10 fg. 25 fg.]

[3] L. 2 D. h. t. „Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum". L. 86 §. 4 D. de leg. I° 30, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 10 D. fam. erc. 10. 2.

[4] Namentlich also das Recht zum Abbruch des superficiarischen Gebäudes. Ist die Absicht der Verleihung darauf gerichtet, daß der Superficiar Eigenthümer des Gebäudes werden solle, so kann dieß nicht zweifelhaft sein: anders wäre z. B. zu entscheiden, wenn Jemandem ein bereits bestehendes oder auf Kosten des Eigenthümers zu errichtendes Gebäude auf 99 Jahre vermiethet, oder in „Erbpacht" gegeben wird (Note 12). Vgl. Schmid S. 68, und namentlich Wächter S. 40—43. Wem steht das Eigenthum an dem Abbruchsmaterial zu? Wächter das. S. 43—44.

[5] L. 10 D. fam. erc. 10. 2.

[6] L. 1 §. 7 D. h. t.

[7] L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 3 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. [20. 4, l. 1 §. 6 D. h. t. [in welcher Stelle statt petitori zu lesen ist pignori (mit Streichung des folgenden in) oder creditori, vgl. Degenkolb S. 96 Note 1, Wächter S. 38 Note 7, Mommsen in seiner Ausgabe]. Als Gegenstand der Veräußerung und Verpfändung wird auch hier nicht das superficiarische Recht, sondern das Gebäude selbst bezeichnet. Vgl. §. 227 Note 3.

[8] L. 1 § 6. 9 D. h. t., l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, Schmid §. 27 Note 7.

barkeiten verfolgen und im Processe vertreten[9]. Auf der anderen Seite ist auch der Superficiar, wie der Emphyteuta, verpflichtet, die Lasten der Sache zu tragen[10], und dem Eigenthümer die festgesetzte jährliche Abgabe, nach den für die Emphyteuse geltenden Grundsätzen[11], zu entrichten[11a]. Dagegen liegen ihm die dem Emphyteuta in Betreff der Veräußerung auferlegten Pflichten nicht ob. — Begründet wird das Recht der Superficies durch Verleihung des Eigenthümers, letztwillige oder vertragsmäßige[12], durch richter-

---

[9] Er hat utilis petitio rei, utilis confessoria und negatoria actio, eine jede derselben auch als Publiciana. L. 1 pr. §. 1. 3. 6 D. h. t., l. 73 §. 1 — l. 75 D. de R. V. 6 1, l. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 3. [Vgl. Degenkolb S. 92 fg.]

[10] Dieser Satz rechtfertigt sich durch die Analogie der Emphyteusis (§. 220 Note 2) und des Nießbrauchs (§. 204 Note 4).

[11] Solarium, pensio. L. 74 D. de R. V. 6. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 2 §. 17 ne quid in loco publ. 43. 18. [Das Rechtsverhältniß ist dasselbe wie bei der Emphyteusis (§. 220 Note 3). Wesentlich ist diese Abgabe auch hier nicht. Wächter S. 59 fg.

[11a] S. §. 220 Note 5 und 6, und die dort gegebenen Citate.

[12] Bei letztwilliger Verleihung bedarf es auch hier, wie bei der Emphyteusis, nicht eines besonderen Contractes mit dem Erben; die an die Superficies angeknüpften obligatorischen Verpflichtungen entstehen unmittelbar mit dem Rechte. Wächter S. 98 fg. Bei vertragsmäßiger Verleihung kommt es auf den Namen des Vertrages nicht an. Derselbe kann unter dem Namen eines Miethvertrages auftreten, wenn nämlich die Miethe auf immer, oder doch „non ad modicum tempus", eingegangen wird (l. 1 pr. §. 3 l. 2 D. h. t.), als Veräußerungsvertrag, wenn nämlich als das zu veräußernde Object das Gebäude im Gegensatz zum Grund und Boden bezeichnet wird (l. 1. §. 1 D. h. t., l. 32 D. de I. D. 23. 3), als Vertrag, wodurch Jemandem erlaubt wird, sich auf fremdem Boden ein Gebäude zu errichten (l. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. 43. 8), als Vertrag, durch welchen ein Gebäude in „Erbpacht", zu „Erbzinsrecht", oder mit Anwendung einer ähnlichen, über die Absicht der Parteien keinen Zweifel lassenden Bezeichnung, gegeben wird. Mit Recht macht aber Wächter S. 81 fg. darauf aufmerksam, daß die Bezeichnung des Vertrags als Miethvertrag eine ungenaue ist, und der auf Begründung eines dinglichen Rechts gerichteten Intention der Parteien nicht Genüge leistet. Vgl. Note 17. [Degenkolb S. 23 fg. 45 fg. Gegen denselben Wächter S. 63 fg.] — Daß zu dem Vertrage Besitzübertragung hinzutreten müsse, darf hier so wenig wie bei der Emphyteusis behauptet werden. Vgl. l. 1 pr. §. 3 D. h. t. Wächter S. 61 fg.

liche Verfügung[13] und durch Ersitzung[14]; übertragen wird eine bestehende Superficies durch Willenserklärung des Berechtigten, zu der aber, wenn sie eine vertragsmäßige ist, Besitzübertragung hinzukommen muß[15], und durch Verfügung des Richters. — Auch für die Beendigung der Superficies gilt im Uebrigen das Nämliche, wie für die Beendigung der Emphyteusis[16]; es finden aber keine Anwendung die Grundsätze von dem Verlust durch Verwirkung[17], und wenn die superficiarische Anlage untergeht, so ist zuzusehen, ob es nicht dem Sinne des Bestellungsactes gemäß ist, daß der Superficiar die Anlage neu solle errichten dürfen[18].

Wenn oben gesagt worden ist, daß auch andere Anlagen außer Gebäuden den Gegenstand des superficiarischen Rechts bilden können, so sind darunter nicht bloß bauliche Anlagen[19] zu ver-

---

[13] S. §. 221 Note 5. Wächter II S. 104 fg.

[14] Es gilt hier Alles, was in Betreff der Emphyteusis gesagt worden ist (§. 221 Note 7—8a). Die usucapio war auch bei der Superficies ausgeschlossen, l. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 2. L. 26 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit der Ersitzung des superficiarischen Rechts, sondern die Möglichkeit der Ersitzung des Eigenthums am Gebäude ohne den Grund und Boden (l. 23 pr. eod.). Vgl. Schmid §. 26 Note 17, H. Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV. 6 (welcher hier l. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 2 für entscheidend hält, wie bei der Emphyteusis §. 2 eod.), Wächter S. 101 fg.

[15] Dafür spricht die Analogie der Emphyteusis (§. 221 Note 11) und l. 1 §. 7 D. h. t. A. M. Wächter S. 106. Ueber letztwillige Uebertragung vgl. l. 86 §. 4 D. de leg. I° 30.

[16] Ueber die Bedingung durch Zeitablauf s. l. 1 §. 3 D. h. t. In Betreff der Ersitzung der Freiheit a. M. Wächter a. a. O. (§. 222 Note 4). Auch in Betreff der Dereliction (§. 222 Note 3) ist Wächter S. 120 fg. anderer Meinung (der Superficiar soll sich von der Verpflichtung zur Zahlung der Abgabe durch Dereliction befreien können), mit Berufung darauf, daß die Abgabe mehr nur die Natur einer Beschränkung des superficiarischen Rechts, einer Bedingung seiner Ausübung habe. Vgl. 220 Note 5.

[17] Andere (so auch die 1. Auflage dieses Lehrbuchs) geben dem Eigenthümer das Recht, den Superficiar wegen zweijähriger Nichtzahlung der Abgabe auszutreiben, nach Analogie des beim Miethvertrage Geltenden (l. 54 §. 1 l. 56 D. loc. 19. 2). Dagegen mit Recht Wächter S. 81 fg. Vgl. Note 12.

[18] Vgl. Wächter S. 116 fg. [Degenkolb S. 49 fg.]

[19] Z. B. eine Mauer, eine Wasserleitung, eine ausgemauerte Düngergrube. Wächter S. 52 fg.

stehen, sondern auch Bäume und sonstige Pflanzungen[20]. — Auch an einem Theil eines Gebäudes ist eine Superficies möglich[21].

Siebentes Kapitel.

Das Pfandrecht*.

I. Begriff und Wesen.

§. 224.

Pfand[1] im juristischen Sinne des Wortes ist eine Sache welche die Bestimmung hat, einem Gläubiger Sicherheit für die

[20] Dieß ist bestritten, so namentlich von Büchel Erörterungen I. S. 283—284, Schmid §. 25 Note 11; aber s. besonders Wächter S. 53 fg. Derselbe macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der Ausdruck superficies ein ganz allgemeiner sei, und daß sachlich kein Grund vorhanden sei, die Superficies bei Pflanzungen auszuschließen. „Auch kommen Fälle dieser Art nicht so selten vor; namentlich sind mir Beispiele bekannt, in denen Jemandem von einer Gemeinde das Recht eingeräumt wurde, auf ihrem Weideplatze gegen die Zahlung eines geringen Solariums Bäume zu pflanzen, die ihm gehören sollten. Sollte dieses Recht ein bloßes Recht aus einer Obligation sein, das gegen einen Käufer des Weideplatzes nicht hätte geltend gemacht werden können? oder sollte es ein bloßer Nießbrauch an den Bäumen sein, welcher mit dem Tode des Pflanzenden erlöschen würde? Die Absicht der Parthieen ging hier aus guten Gründen auf ein wirkliches Superficiarrecht, und so wurde es auch von der Gemeinde aufgefaßt und anerkannt".

[21] L. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17. Wächter S. 50 fg., [Degenkolb S. 53 fg.]. Superficies an einem Keller: Seuff. Arch. VI. 152.

* Dig. XX. Cod. VIII. 14—35. — Das neueste und beste Werk über das Pfandrecht ist das von H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 1. Band 1860 (rec. von Scheurl krit. VJSchr. II S. 416 fg. 481 fg.), 2. Band 1864. Von früheren Bearbeitungen sind zu nennen: Gesterding die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts 1816, zweite Aufl. 1831. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836. Bachofen das römische Pfandrecht 1. (einziger) Band 1847 (eine Bearbeitung des römischen Pfandrechts vom rein philologischen Standpunkt aus, s. Vorrede S. XI); rec. von Keller krit. Jahrb. für deutsche RW. XI S. 961 fg. Glück Bd. XVIII Abth. 2. Bd. XIX. — Ueber das deutsche Recht vor der Reception des römischen s. das Werk

Befriedigung seiner Forderung zu gewähren. Die Erreichung dieses Zweckes ist in verschiedener Weise denkbar; nach der letzten Entwicklung, welche das Pfandrecht bei den Römern erfahren hat[2] und in welcher es nach Deutschland übergegangen ist, wird er dadurch erreicht, daß der Pfandgläubiger mit der Befugniß ausgestattet ist, für den Fall seiner Nichtbefriedigung die verpfändete fremde Sache in Besitz zu nehmen[3], und durch Veräußerung derselben gegen Entgelt sich seine Befriedigung selbst zu verschaffen[4].

---

von v. Meibom, das deutsche Pfandrecht, 1867. Darüber: Stobbe krit. VJSchr. IX S. 285 fg. — Ueber „das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht" s. Laband Zeitschr. f. HR. IX S. 225 fg. 425 fg. (1866). [Goldschmidt Handelsrecht I §. 83—98.]

[1] Das römische Wort für Pfand ist pignus, von pago oder pango, griech. πήγνυμι, fest machen, befestigen. Dernburg I S. 49. In Betreff der Etymologie des deutschen Wortes vgl. Meibom S. 24 fg. §. 224.

[2] Frühere Formen des Pfandrechts bei den Römern sind die fiducia und das pignus im engeren Sinn; bei jener erhielt der Pfandgläubiger Eigenthum bei dem letzteren nur einen durch die possessorischen Interdicte geschützten Besitz (§. 154 Note 3). Die neueste Form des Pfandrechts führt den speciellen Namen hypotheca. Vgl. über die Geschichte des römischen Pfandrechts: Rudorff. Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. 4 (1846), Bachofen Nr. I. II. VII. XIX und dazu Keller S. 963—988. 1001—1008. 1019—1022, Brinz Pand. §. 80, Dernburg I §. 1—9 und dazu Scheurl S. 416—433. [Degenkolb Zeitschr. f. RGesch. IX S. 117—179.] — Es ist übrigens auch heutzutage nicht ausgeschlossen, daß die Eigenthumsübertragung zu dem Ende verwendet werde, um einem Gläubiger Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen. Vgl. Seuff. Arch. VII. 282, XIX. 122. 145 (XIV. 90). [Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 44.]

[3] Unwesentlich, aber verträglich mit dem Pfandrecht, ist sofortiger Besitzübergang auf den Gläubiger. Wir reden in diesem Fall von einem Faustpfand, die Römer gebrauchen zur Bezeichnung desselben den Ausdruck pignus im engern Sinn. Vgl. mit l. 5 §. 1 D. de pign. 20. 1 l. 9 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 238 §. 2 D. de V. S. 50. 16, §. 7 I. de act. 4. 6. (Der Ausdruck Faustpfand ist in Deutschland erst nach Reception des römischen Rechts, wie es scheint als Uebersetzung von pignus [l. 238 §. 2 D. de V. S. 50. 16], aufgekommen. Meibom a. a. O. S. 37.)

[4] Das erste dieser Rechte hat seinen Ursprung im prätorischen Edict; der Prätor gab demjenigen, welchem eine Sache verpfändet worden war, actionem in rem, utilem petitionem rei. Auf Grund dieser actio in rem ist das Pfandrecht als dingliches Recht (an fremder Sache) entwickelt worden, wie das ius in agro vectigali und die Superficies (vgl. §. 218 Note 5, §. 223 Note 9). Als dingliches Recht wird es ausdrücklich bezeichnet in l. 19

Das Pfandrecht steht in einem wesentlichen Gegensatz zu allen andern Rechten an fremder Sache. Und zwar nach einer doppelten Richtung. Zuerst durch die Unselbständigkeit seiner Natur. Alle andern Rechte an fremder Sache sind um ihrer selbst willen da, das Pfandrecht hat einen außerhalb seiner selbst liegenden Zweck; alle andern Rechte an fremder Sache gewähren dem Berechtigten eine Willensherrschaft schlechthin, das Pfandrecht gewährt ihm eine Willensherrschaft nur zu dem Ende, damit ein anderes Recht seine Befriedigung erhalte[5]. Sodann aber unterscheidet sich das Pfandrecht von allen andern dinglichen Rechten an fremder Sache durch seinen weit gehenden Inhalt. Keines von den andern enthält einen so schweren Eingriff in das Recht des Eigenthümers, wie das Pfandrecht; dasselbe führt in seiner Entwicklung zur Vernichtung des Rechts des Eigenthümers[5a].

Weil das Pfandrecht den Zweck in sich trägt, dem Gläubiger Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen, so liegt die Vorstellung nahe, daß das Pfandrecht eine Erstreckung des Forderungsrechts von der Person auf die Sache, und somit selbst ein Forderungsrecht sei. Diese Vorstellung scheint eine wesentliche Stütze darin zu finden, daß die Quellen die von den Forderungsrechten gebrauchten Ausdrücke auch auf das Pfandrecht anwenden, und zwar nicht bloß ausnahmsweise, sondern in gewöhnlicher Redeweise[6]. Allein diese Uebertragung erklärt sich

---

pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 30 D. de nox. act. 9. 4, vgl. auch l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39. Den Standpunkt der Klage hält einseitig fest das Bachofen'sche Werk. S. dagegen Keller Rec. S. 988—996, Dernburg I §. 7. — Das Recht der Veräußerung beruht nicht auf dem prätorischen Edict, sondern auf einer durch Theorie und Praxis zur bindenden Regel erhobenen Auslegung des Verpfändungswillens (§. 237 Note 1).

[5] S. jedoch §. 225 Num. 2.

[5a] Es ist nicht zu verwechseln das Recht des Eigenthümers und das Eigenthum. Das Eigenthum wird durch das Pfandrecht gar nicht afficirt, nur das Recht des gegenwärtigen Inhabers des Eigenthums. F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 68.

[6] Der ganz gewöhnliche Ausdruck der Quellen für verpfänden und Verpfändung ist obligare und obligatio; außerdem heißt es: res pignori nexa, obstricta, obnoxia, res pignori oder pignoris iure tenetur, pignus contrahitur; von der Beendigung des Pfandrechts werden die Ausdrücke distrahere, liberare, luere, solvere gebraucht. S. namentlich l. 5 §. 2 und l. 11 D.

vollkommen aus der Gleichheit des Zweckes, welcher bei Forderungsrecht und Pfandrecht stattfindet[7]; sie beweist nicht dafür, daß dieser Zweck bei beiden auf dem gleichen Wege erreicht werde. In der That ist das Pfandrecht ein Rechtsverhältniß zur Sache, und nicht (unmittelbar) zur Person; es ist ein dingliches, und kein obligatorisches Recht[8].[9]

---

quib. mod. pign. 20. 5, und vgl. Riebel in Hugo's civil. Magazin V. 3, Büchel civil. Erörterungen I. 2 S. 27 fg. (2. Aufl. S. 143 fg.).

[7] Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Bachofen S. 222—226, Brinz §. 82, Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 14—17 und dazu Fitting krit. VJSchr. I S. 77—79, Dernburg I §. 13, Scheurl S. 434 fg.

[8] Der Wille des Pfandgläubigers ist entscheidend für die Sache nicht bloß im Besitzesrecht, sondern auch im Veräußerungsrecht; nur daß er in dem letzteren nicht direct, sondern bloß indirect entscheidend für die Sache ist (der Pfandgläubiger ist befugt, durch seinen Willen den Willen eines Andern zu dem für die Sache entscheidenden zu machen). — Die Ansicht, daß das Pfandrecht wirklich ein Forderungsrecht sei, ist namentlich von Büchel civil. Erörterungen I. 2 (1833) und 2. Auflage (1847) I S. 259 fg. 269 fg. 447 fg. vertheidigt worden. Auf der andern Seite ist das Pfandrecht diesem Schriftsteller doch auch wieder ein dingliches Recht; er nennt es ein dingliches Forderungsrecht, bei welchem, wie sonst eine Person, so hier eine Sache Schuldnerin sei, oder, wie er sich an einem andern Orte (2. Aufl. S. 261) ausdrückt, bei welchem eine Sache in einem ähnlichen Verhältniß zu dem Berechtigten gedacht werde, wie bei der obligatio personae der Schuldner zum Gläubiger. Büchel's Ansicht ist nicht ohne Anhänger geblieben; es bekennen sich zu derselben namentlich Vangerow (I §. 363 Anm. 2), dessen Darstellung aber in der 7. Aufl. einigermaßen modificirt ist, und Sintenis (pfandrechtl. Streitfragen I S. 5. 6, Handbuch des Pfandrechts §. 1. 2, gem. Civilrecht I §. 67 Anm. 2), der Letztere jedoch mit der Modification, daß nach ihm nicht die Sache Schuldnerin sein soll, sondern der jedesmalige Eigenthümer. Gegen die Büchel'sche Ansicht haben sich erklärt: Puchta Pand. §. 193. d und Vorles. dazu, Institutionen II §. 249. c, Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 14, Wächter II §. 48 Note 25, Böcking I §. 133 Note 6, Brinz §. 82 (dieser jedoch mit eigenthümlicher Wendung, vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschrift V S. 404—408), Dernburg I §. 12, Scheurl S. 434—439, Keller Pand. §. 190, [Unger 1 §. 62 Note 9]. Puchta hat die Gründe für diese Ansicht „unglaublich schwach" genannt, und fast noch stärker drückt sich Keller a. a. O. aus. Uebrigens sind die Versuche, sie auch praktisch zu verwerthen, und Rechtssätze, welche für die Obligation gelten, auf das Pfandrecht zu übertragen, nicht gerade sehr zahlreich; doch hat es an denselben auch nicht ganz gefehlt (vgl. 248 Note 2 und 15).

[9] Durch die Natur des Pfandrechts als dinglichen Rechts bestimmt sich

II. Verhältniß des Pfandrechts zur Forderung.

§. 225.

Das Pfandrecht setzt seinem Begriffe nach eine Forderung voraus[1]. Ohne Forderung kann es weder entstehen, noch fortbestehen. Dieß bedarf jedoch näherer Bestimmung.

1) Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht entstehen. Bestellt aber Jemand wissentlich ein Pfandrecht für eine nicht existirende Forderung, so entsteht die Frage, ob er nicht gerade dadurch eine Forderung gegen sich begründet; bei der Entscheidung dieser Frage ist sowohl auf den Willen des Verpfändenden, als darauf zu sehen, ob alle gesetzlichen Erfordernisse der Entstehung einer Forderung vorhanden sind[2]. Steht der Forderung eine Einrede entgegen, so kann dieselbe Einrede auch jedem auf das Pfandrecht begründeten Anspruch entgegengesetzt werden, gewiß von dem Schuldner, aber auch von Dritten dann, wenn die Einrede keine rein persönliche ist, oder der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat[3]. Inwiefern in einer Verpfändung, welche mit Kenntniß der die Forderung unwirksam machenden Einrede geschieht, ein Verzicht auf die Einrede gefunden werden darf, ist nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden, welche so-

---

auch seine Stellung im System; für dieselbe kann nicht der Zweck des Pfandrechts maßgebend sein, sondern nur seine juristische Structur. A. M. Arndts, welcher das Pfandrecht unter den Sicherungsmitteln der Forderung abhandelt S. dens. Pand. §. 136 Note 2 und krit. Jahrb. VII S. 300 fg. Ebenso (schon früher) Wächter I S. 549. II S. 319.

§. 225. [1] In l. 43 D. de sol. 46. 3 wird das Pfandrecht neben den Bürgen zu den „accessiones" der Forderung gezählt.

[2] Namentlich ob die Forderung eine erlaubte ist, vgl. l. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Was die Auslegung des Willens des Verpfändenden angeht, so wird es einen wesentlichen Unterschied machen, ob in der Erklärung die Forderung als bestehend bezeichnet oder vorausgesetzt ist, oder nicht. Vgl. aus den Quellen etwa l. 11 D. de fidei 46. 1, l. 33 D. de pign. 20. 1, l. 8 pr. D. de accept. 46. 4, und Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 121. 122, Dernburg I §. 74.

[3] L. 32 D. de fidei. 46. 1, l. 15 C. de non num. pec. 4. 30, l. 2 D. quae res pign. 20. 3, l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; l. 7 pr. §. 1 D. de exc. 44. 1. Büchel a. a. O. S. 122—124, Dernburg I §. 73. Vgl. Note 8a und II §. 477 Note 7—9.

eben in Betreff der Verpfändung für eine nicht existirende Forderung geltend gemacht wurden[4]. — Ist die Forderung bedingt oder befristet, so ist es auch das Pfandrecht[5]; wird ein Pfandrecht für eine zukünftige Forderung[6] bestellt, so ist zwar die Verpfändung nicht ungültig[6a], aber ein Pfandrecht entsteht erst mit der Forderung[7]. — Daß die Forderung, für welche das Pfand-

---

[4] Vgl. l. 22 C. ad SC. Vell. 4. 29. Büchel a. a. O. S. 126—130, Dernburg I §. 74.

[5] L. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 13 §. 5 eod., l. 14 eod., l. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 146—148. 161—166.

[6] Unter einer zukünftigen Forderung wird hier eine bloß zukünftige Forderung verstanden, d. h. eine Forderung, zu welcher noch nicht einmal der Grund gelegt ist, was bei der bedingten und befristeten Forderung allerdings der Fall ist — also z. B. die Forderung aus einem bloß verabredeten Darlehen. In diesem Sinne wird auch offenbar in l. 5 pr. D. de pign. 20. 1 die obligatio futura der obligatio in diem und sub condicione entgegengesetzt. „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione . . sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub condicione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat, sed et futurae obligationis nomine dari possunt". Dagegen wird in l. 89 D. de V. O. 45. 1, vgl. l 76 §. 1 eod., freilich unter futura obligatio eine befristete Obligation verstanden, und gleicherweise könnte natürlich auch die bedingte Obligation eine futura obligatio genannt werden. Die Beschränkung des Ausdrucks auf den im Texte bezeichneten Fall empfiehlt sich durch die Betrachtung, daß für denselben Besonderes gilt, in Betreff nämlich des Ranges der Pfandrechte. Dernburg I §. 68. 69. welcher dieß leugnet, gebraucht denn auch den Ausdruck in ganz allgemeinem Sinne. Sintenis Pfandrecht §. 11 beschränkt ihn auf die befristeten Obligationen, Brinz S. 294. 295 auf diejenigen, von welchen er sagt: „innerhalb eines Contractes können sich Obligationen entwickeln, die möglicherweise auch ausbleiben, z. B. innerhalb des Darlehns (Zinsobligation), der Societät, Vormundschaft"; Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte §. 11 fügt zu diesen Obligationen diejenigen hinzu, die von mir als künftige Obligationen bezeichnet werden. — Was die von Brinz herausgehobenen Obligationen angeht, so sind dieselben meiner Ansicht nach entweder Obligationen mit bestimmter oder unbestimmter Befristung (sub die certo oder incerto), oder Obligationen auf einem nur im Allgemeinen bestimmten Leistungsinhalt, dessen nähere Bestimmung von der zukünftigen Gestaltung der Verhältnisse abhängt, so daß die Obligation auf die einzelne Leistung ihrem Wesen nach eine bedingte ist. [Salkowski Novation S. 322 fg. Anm.]

[6a] Vgl. Seuff. Arch. I. 410, XII. 131.

[7] Dieß leugnet Dernburg I §. 69, und nicht bloß für den bezeichneten

recht entstehen soll, klagbar sei, ist nicht erforderlich[8], obgleich andererseits nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit für das Pfandrecht ausreicht[8a]. — Der Gegenstand der Forderung ist gleichgültig[9].

Fall, sondern für das, was er zukünftige Forderung nennt (Note 6), überhaupt, indem er die Behauptung aufstellt, daß ein Pfandrecht sehr wohl vor der Forderung, welcher es dienen soll, bestehen könne. Indem jedoch Dernburg hinzufügt (S. 526): „natürlich existirt ein solches Pfandrecht nur für den Fall des künftigen Entstehens der Pfandschuld", und bemerkt, bis dahin sei das Verhältniß „in pendenti", nimmt er seine Behauptung selbst wieder zurück, und als seine eigentliche Meinung stellt sich, wie mir scheint, heraus, daß das Bestehen der Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert werden soll, für seine Existenz nicht begriffsmäßiges Erforderniß, sondern äußerlich hinzugefügte Bedingung sei, wie dieß denn auch die, obgleich weniger zuversichtlich vorgetragene, Meinung Fitting's (Rückziehung S. 42—44. krit. VJSchr. I S. 80. 81) ist, auf welche sich Dernburg beruft; s. jetzt auch Bechmann Dotalrecht S. 187—190. Ich halte auch diese Meinung, obgleich ich sie früher selbst geäußert habe (Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 57), für unrichtig. Zwar wird sich unten (in diesem §. Num. 2) zeigen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines seinem Begriffe nach accessorischen Rechts nicht unbedingt durchgeführt hat; aber doch nur insofern nicht, als es unter Umständen Fortbestand des Pfandrechts auch nach Untergang seiner Forderung anerkennt. Davon, daß ein Pfandrecht als selbständiges Recht auch begründet werden könne, findet sich meines Wissens im römischen Rechte nicht die mindeste Spur. Gegen Dernburg und Fitting haben sich ausgesprochen Scheurl krit. Ueberschau V S. 31 u. krit. VJSchr. II S. 498. 499, Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 19. — Uebrigens ist es eine andere Frage, ob nicht auch mit der hier vertretenen Auffassung die Annahme einer von der obligatorischen Gebundenheit unabhängigen Pfandgebundenheit verträglich ist; dieß ist die praktische Seite der Sache. S. darüber §. 242 Note 8.

[8] L. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6, vgl. l. 14 §. 1 D. de pign. 20. 1. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 130—144. Gegen die Meinung, daß das für eine natürliche Verbindlichkeit bestellte Pfandrecht nur ein Retentionsrecht erzeuge (Francke civil. Abhandlungen S. 80 fg.), s. Büchel a. a. O. S. 144 fg., Vangerow I §. 364 Anm. 2, Dernburg I §. 72, Schwanert Naturalobligationen S. 210—213.

[8a] S. §. 288 Note 4, §. 289. — Für das durch einen Dritten bestellte Pfandrecht reicht die natürliche Verbindlichkeit dann nicht aus, wenn der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat, und das Recht den Schuldner auch gegen indirecte Nöthigung zur Zahlung schützen will. L. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6.

[9] L. 9 §. 1 D. de pign. act. 13. 7;

Schuldner der Forderung kann nicht bloß der Verpfänder sein, sondern auch ein Dritter[10].

2) Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht fortbestehen. Es genügt aber, wie für seine Entstehung, so auch für seinen Fortbestand eine natürliche Verbindlichkeit[11]. Und noch mehr: es kann auch vorkommen, daß die Forderung in jeder andern Beziehung vollständig abstirbt, und nur für das Pfandrecht fortdauert[12]. Der Gläubiger hat dann zum Zwecke der Realisirung seiner Forderung keine andere Macht mehr, als die Pfandrechtsmacht, seine Forderung ist in dem Pfandrecht aufgegangen. Sie wäre ganz untergegangen, wenn sie nicht mit einem Pfandrecht versehen gewesen wäre; das Pfandrecht schützt sie vor dem Untergang, soweit sein Bereich geht. Mit anderen Worten: die Forderung dauert nicht bloß für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung[13].

Bedenkt man das hier zuletzt Gesagte, so muß man zugestehen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts nicht unversehrt durchgeführt hat[14]. Wenn es in den bezeichneten Fällen den Fortbestand der Forderung für das Pfandrecht annimmt, so thut es das nur im Interesse theoretischer Vermittelung; in der Wirklichkeit läßt es das Pfandrecht ohne Forderung fortbestehen. Auf diesem von dem römischen Rechte nur schüchtern betretenen Wege ist dann das moderne Hypothekenrecht in Anschluß an das Institut der Hypothekenbücher (§. 229) weiter gegangen. Nicht nur hat es das,

---

[10] L. 5 §. 2 D. de pign. 20. 1.

[11] L. 14 §. 1 D. eod.

[12] Das Nähere darüber unten §. 249. Vgl. einstweilen l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3.

[13] L. 59 pr. cit.: „remanet . . propter pignus naturalis obligatio".

[14] So auch mit Entschiedenheit Brinz §. 78. 82. S. auch Simon „über die Selbständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle als solcher, in Bezug auf nachstehende an demselben Objecte haftende Pfandrechte", Arch. f. civ. Pr. XLI. 2. In anderen Darstellungen wird dieß nicht genügend beachtet. Vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 403—408. [F. P. Bremer in der Note 16 citirten Schrift S. 53 fg. 67 fg.]

was im römischen Recht für den Fortbestand der Hypothek nur in einzelnen Fällen anerkannt ist, zur Regel erhoben und die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal, welches die Forderung als solche trifft, erklärt[15]; sondern es findet sich in neueren Gesetzen selbst der Satz anerkannt, daß auch die Entstehung einer Hypothek einer Forderung nicht bedarf[16], ein Satz, welcher im römischen Recht ohne den mindesten Anhalt ist[17]. In dieser Entwickelung hat das Pfandrecht (die Hypothek) die Natur eines accessorischen Rechts ganz abgestreift; es ist ein selbständiges Recht auf Aneignung eines bestimmten Theils des Vermögenswerthes einer Sache geworden.

§. 226.

Erleidet die Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert ist, eine Veränderung, so folgt ihr das Pfandrecht auch in die neue Gestaltung[1]. Wird die Forderung vergrößert, so erstreckt sich

---

[15] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 151, Beseler §. 97 Nr. VII, Bluntschli §. 100 Nr. 6.

[16] So bestimmt z. B. die Mecklenburger revidirte Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 §. 19 (übereinstimmend die revidirte Landgüterordnung vom 18. Oktober 1848 §. 16), daß der Antrag auf Eintragung in das Hypothekenbuch „durch eine .. persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr ... dieserwegen Alles der Vereinbarung der Betheiligten überlassen" sei. Ebenso der Preußische Entwurf eines Hypothekengesetzes v. 1864 §. 23. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 97 Note 37, Göppert krit. VJSchr. VII S. 440, Kuntze zu Holzschuher II S. 614 fg., Bekker die Reform des Hypothekenwesens S. 68. 73 unt. 72 fg. [Die Preußischen Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht nebst Motiven. Herausgeg. vom Köngl. Justiz-Ministerium. Berlin 1869. Dazu: F. P. Bremer Hypothek und Grundschuld (1869), nam. S. 1 fg. 88 fg.]

[17] Ueber die Frage, ob nicht, und in welchem Umfange, das Pfandrecht des älteren deutschen Rechts von der Forderung unabhängig gewesen sei, s. jetzt namentlich die Ausführungen von Meibom S. 273 fg. 409, welcher Schriftsteller die Frage für die ältere Satzung („die Satzung als Tauschgeschäft") bejaht, und über abweichende Ansichten die Citate das. S. 15. 16, Stobbe krit. VJSchr. IX S. 292—310, Beseler deutsch. Privatr. §. 95, Gerber deutsch. Privatr. §. 149. [Vgl. auch Goldschmidt Handelsrecht I §. 87.].

§. 226. [1] So namentlich, wenn sie sich in eine Forderung auf Interesse verwandelt.

das Pfandrecht auch auf den Zuwachs[2]. Wird sie verkleinert, so dauert das Pfandrecht unvermindert für jeden Rest derselben fort[3].

Tritt zu der versicherten Forderung eine andere Forderung als Nebenforderung hinzu, so erstreckt sich das Pfandrecht ordentlicher Weise auch auf diese[4], vorbehaltlich jedoch der Auslegung des Verpfändungswillens, welcher auch auf das Gegentheil gerichtet sein kann[5]. Aus dem Verpfändungswillen ist auch zu entscheiden, inwiefern das Pfand haftet, wenn aus dem Geschäfte, bei welchem das Pfand gegeben worden ist, eine andere, als die eigentlich beabsichtigte Obligation entsteht[6].

III. Gegenstand des Pfandrechts*.

§. 226a.

Den Gegenstand des Pfandrechts können alle Sachen bilden

---

[2] So namentlich auf Verzugszinsen, Ortsinteresse.

[3] L. 6 C. de distr. pign. 8. 28, l. 85 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 19 D. de pign. 20. 1. Daher ist es auch für das Pfandrecht gleichgültig, daß die Obligation durch Erbgang sich in mehrere Obligationen spaltet; für jede neue Obligation besteht ein gleiches Pfandrecht fort, l. 8 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 25 §. 14 D. fam. erc. 10. 2, l. 16 C. de distr. pign. 8. 28, l. 1 C. si unus ex plur. 8. 32, vgl. l. 2 eod., l. 1 C. de luit. pign. 8. 31. S. g. Untheilbarkeit des Pfandrechts. Vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 188 fg., Sintenis I §. 67 Note 6, Dernburg II §. 82—84. [Siebenhaar Correalobligat. S. 154 fg. Bremer (§. 225 Note 16) S. 34 fg.]

[4] So namentlich auf die durch das Pfandrecht selbst hervorgerufenen Forderungen, z. B. wegen Verwendungen, die auf die Pfandsache gemacht worden sind, wegen der Kosten der Proceßverfolgung und des Pfandverkaufs. L. §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 C. de pign. 8. 14. Dernburg I S. 551, Scheurl krit. Ueberschau II S. 507.

[5] Von demjenigen, welcher ein Pfandrecht für eine Kapitalschuld bestellt, ist im Zweifel anzunehmen, daß er dasselbe Pfandrecht auch für die Zinsen habe bestellen wollen, freilich auch nur im Zweifel. L. 8 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 6 D. de pign. 20. 1, l. 18. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 4 C. de usur. 4. 32. Bachofen S. 593 fg., Dernburg I S. 555—557.

[6] Z. B. aus einem Darlehnsgeschäft entsteht statt der vertragsmäßigen Darlehnsobligation nur eine Obligation wegen ungerechfertigter Bereicherung. Vgl. l. 56 §. 2 D. de fidei. 46. 1 und Dernburg I §. 75.

* Sintenis §. 12—23, Dernburg I §. 54—65. Glück XIX S. 199 fg.

welche dem Verkehre nicht entzogen sind (§. 147)[1], bewegliche sowohl, wie unbewegliche, selbst solche, deren Gebrauch in ihrem Verbrauche besteht[2]. Auch an einem Bruchtheil einer Sache ist ein Pfandrecht möglich; in diesem Falle haftet der Körper der Sache ganz (§. 140), und hört dadurch nicht auf, ganz zu haften, daß er zwischen den mehreren Miteigenthümern getheilt wird[3]. Wird ein Pfandrecht an einer Sachgesammtheit begründet, so ist es möglich, daß dasselbe die Gesammtheit in ihrem Bestande zur Zeit der Begründung, oder daß es sie in ihrem jeweiligen Bestande ergreife; im ersten Fall haftet das zu der Gesammtheit später Hinzugefügte nicht, während das von derselben Ausgeschiedene fortfährt zu haften, im zweiten Fall haftet das neu Hinzugefügte, und das Ausgeschiedene tritt, vorausgesetzt daß es nach der Bestimmung der Sachgesammtheit ausgeschieden wird, aus der Verhaftung heraus. Ob das Eine oder das Andere der Fall sei, ist nach der Natur der Sachgesammtheit, ob sie nämlich zum Wechsel bestimmt ist oder nicht, und nach dem präsumtiven Inhalt des Verpfändungswillens zu entscheiden[4].

---

§. 226a. [1] L. 3. 6 C. quae res pign. 8. 17. Dernburg I S. 426—428.

[2] Auch an Geld ist ein Pfandrecht möglich, l. 34 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 7 §. 1 D. qui pot. 20. 4. Dasselbe dauert natürlich nur so lange, als die verpfändeten Geldstücke aufgefunden werden können. Können sie aufgefunden werden, so darf der Pfandgläubiger sich in den Besitz derselben setzen, und sie sich zu seiner Befriedigung aneignen; der Verkauf fällt hier der Natur der Sache nach weg. Ebenso wenn der Gläubiger sogleich bei der Verpfändung in den Besitz derselben gesetzt worden ist. Geld kann aber auch in der Weise verpfändet werden, daß es zu Eigenthum übertragen wird, so z. B. bei der Bestellung einer Dienstcaution. In diesem Fall ist immerhin ein Pfandrecht vorhanden; aber freilich kein Pfandrecht an fremder Sache. Vgl. Gesterding Ausbeute IV S. 7 fg., Dernburg I S. 429. 430. [L. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbesondere das s. g. pignus irregulare. Wien 1866. Vgl. Hofmann krit. VJSchr. Bd. XII Heft 4.]

[3] L. 7 §. 4 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 3 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 6 §. 8 D. comm. div. 10. 3, l. un. C. si comm. res 8. 21. Dernburg I §. 55. Vgl. Seuff. Arch. X 236. [Bremer (§. 225 Note 16) S. 31 fg.]

[4] Beispiele: Jemand verpfändet sein Waarenlager, seine Heerde, seine Bibliothek, sein Mobiliar, sein Silbergeräth. Entscheidungen der Quellen: l. 13 pr. l. 34 pr. D. de pign. 20. 1. Die Meinungen gehen hier auseinander. Vgl. Sintenis Pfandr. S. 467—470, Wächter Erörterungen I

Mit der Pfandsache haftet[5] Alles, was mit derselben zu einem Ganzen verbunden ist[6]; ferner haften mit derselben die ihr anklebenden Rechte[7], ihre Zubehörungen[8], und[9] ihre Früchte[10], die letzteren jedoch nur, wenn sie mit ihrer Entstehung (Trennung von der Hauptsache) in das Eigenthum des Verpfänders ge-

---

S. 20—23, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 252. 253, Vangerow I §. 369 Anm. 3, Dernburg I §. 59. Seuff. Arch. XV. 187.

5 Vgl. zu dem Folgenden Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 246 fg., Dernburg I §. 56—58.

6 So haftet namentlich mit dem verpfändeten Grundstück das auf demselben errichtete Gebäude (l. 29 §. 2 l. 35 D. de pign. 20. 1, l. 21 D. de pign act. 13. 7), und was durch Anschwemmung zu demselben hinzugefügt wird (l. 16 pr. D. de pign., l. 18 §. 1 D. de pign. act.). Wird das Verbundene von der verpfändeten Hauptsache wieder getrennt, so fährt es fort zu haften, wenn das jetzt an demselben stattfindende Eigenthum nur eine Fortsetzung des Eigenthums an der Hauptsache ist; dagegen scheidet es aus dem Pfandrechte aus, wenn mit seiner Trennung dasjenige Eigenthum wieder auflebt, welchem es vor seiner Verbindung unterworfen war. Jedoch muß dieser letztere Satz eine Ausnahme für den Fall erleiden, wo der Eigenthümer der Hauptsache es ist, an den dieses neu auflebende Eigenthum fällt und die Verbindung bereits zur Zeit der Verpfändung bestanden hat; die Verpfändung hat Alles ergriffen, was dem Eigenthümer an dieser Sache zugehörte, unabhängig von der Erscheinungsform, in welcher es ihm zugehörte. Vgl. §. 175a Note 2.

7 L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. de O. N. N. 39. 1.

8 Vgl. Dernburg I S. 435. 436.

9 Ueber die Frage, inwiefern sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sachen erstreckt, gibt es besondere Abhandlungen von: Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXII. 15 (1839), Francke das. XXX. 6 (1847), Jancke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 193 fg. (1862, darüber Demelius krit. VJSchr. IV S. 302 fg.). Vangerow I §. 370 Anm. [Göppert organische Erzeugnisse S. 371 fg. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 524 fg.]

10 In l. 3 C. ex quib. caus. pign. 8. 15 wird dieß auf eine „tacita conventio" zurückgeführt; jedenfalls muß das Gleiche auch für das nicht vertragsmäßige Pfand gelten. Vgl. außer l. 3 C. cit. noch l. 29 §. 1 l. 26 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 1 C. de partu pign. 8. 25. Widersprechend ist eine Stelle aus den Sententiae des Paulus, II. 5 §. 2: „Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit". Für das Justinianische Recht verschlägt diese Stelle natürlich nichts; wie sie mit den Grundsätzen des classischen Rechts zu vereinigen sei, darüber s. Huschke Studien I S. 371 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 263, Bachofen S. 146. 154, Dernburg I S. 441, Scheurl

langen[11]. Dagegen haftet mit der Pfandsache nicht, was sonst auf Grund des Eigenthums an derselben erworben wird, wie die im Fluß entstandene Insel und das verlassene Flußbett[12]. Wird die verpfändete Sache von einer auf derselben liegenden Last befreit, so gereicht dieß dem Pfandgläubiger zum Vortheil, wenn die Last kraft rechtlicher Nothwendigkeit, nicht wenn sie durch den Willen des Berechtigten erlischt[13].

---

krit. VJSchr. II S. 486, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 87 fg. — Bachofen a. a. O. nimmt an, die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte gelte nicht für (Sclavenkinder und) Thierjunge. Noch Andere leugnen diese Erstreckung ganz und lassen die Früchte nur als mögliche Nebengegenstände der Condemnation bei der hypothekarischen Klage in Betracht kommen, so Warnkönig a. a. O., Jancke a. a. O., Puchta §. 203. f.

[11] L. 29 §. 1 D. de pign. 20. 1. „Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata". Vgl. l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1. Von Eigenthum des Verpfänders an den Früchten kann natürlich nur die Rede sein, wenn die Früchte von der Hauptsache getrennt sind (§. 144 a. E.); nach einer andern Meinung soll es aber genügen, daß der Verpfänder Eigenthümer der Hauptsache zu der Zeit gewesen ist, wo die Früchte mit der Hauptsache noch verbunden waren. Diese Meinung ist noch von Huschke Studien I S. 368 fg. vertheidigt worden, später hat derselbe sie auf Sclavenkinder beschränkt (Zeitschrift f. Civ. u. Pr. XX S. 264 fg.); so auch Dernburg I S. 446 fg. Gestützt wird diese Meinung auf l. 18 §. 2 D. de pign. act. 13. 7 und l. 1 pr. D. de Salv. int. 43. 33. Ueber andere Erklärungen dieser Stellen s. Francke Arch. f. civ. Pr. XXX S. 173—180, Vangerow a. a. O. (S. 827 der 7. Aufl.).

[12] Arg. l. 9 §. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 3 §. 2 D. de aqua 43. 20 (wo statt „fundo tuo" zu lesen ist: „fundo meo"). Hierher gehört auch der Schatz.

[13] In l. 18 §. 1 D. de pign. act. 13. 7 heißt es: „Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit". Wie aber, wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft, oder auch wenn er ihm vom Nießbraucher schenkungsweise zurückübertragen wird? Offenbar hat die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur, durch Tod (oder capitis diminutio), untergeht und an das Eigenthum zurückfällt.

§. 227.

Von den körperlichen Sachen ist das Pfandrecht auf alle anderen Vermögensgegenstände erstreckt worden, welche wie jene einen Verkaufswerth haben[1]. So namentlich[1a] auf die Forderungsrechte, ferner auf die Emphyteusis und die Superficies[3], und endlich auf den Nießbrauch[4], welcher, wenn auch nicht dem Rechte, doch der Ausübung nach veräußert werden kann, nicht aber auf das Gebrauchsrecht und die Grunddienstbarkeiten, bei denen auch dieses Letztere nicht möglich ist[5]. Der Pfandgläubiger hat in

[1] L. 9 §. 1 D. de pign. 20. 1. „Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest". Vgl. übrigens über diese Stelle Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 181. §. 227.

[1a] Ueber Pfandrecht an Rechten neueren Ursprungs s. Dernburg I §. 64.

[2] L. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 4 C. quae res pign. 8. 17.

[3] L. 16 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 3 l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 1 §. 6 D. de superfic. 43. 18 (vgl. §. 223 Note 7). — Es findet sich die Behauptung, daß durch die Verpfändung der Emphyteusis und der Superficies nicht sowohl ein Pfandrecht an dem Rechte, als vielmehr ein Pfandrecht an der Sache selbst entstehe (dafür namentlich Dernburg I §. 26, ebenso Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 121—126 und zweite Aufl. I S. 435. 436; dagegen Hepp Arch. f. civ. Pr. XV S. 81—83, Sohm die Lehre vom subpignus S. 33 fg., F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 40 fg. 183 fg.; vgl. noch Bekker krit. VJSchr. VI S. 481). Wenn man sich für diese Behauptung darauf beruft, daß es in den Quellen geradezu heiße, der Emphyteuta und der Superficiar könne die Sache verpfänden, so könnte man mit demselben Argument auch darthun, daß der Emphyteuta und der Superficiar die Sache veräußern könne. S. §. 219 Note 5, §. 223 Note 7. Uebrigens ist man darüber einverstanden, daß das Pfandrecht an Emphyteusis und Superficies keine andere Befugniß gebe, als eben, die Emphyteusis und Superficies zu übertragen. Will man auf der anderen Seite sagen, daß der Pfandgläubiger doch insofern ein Recht an der Sache selbst habe, als er kraft des verpfändeten Rechts die Sache abzufordern, und im Umfang desselben den Willen des Käufers zu einem für die Sache entscheidenden zu machen befugt sei, so ist dagegen nichts einzuwenden. Vgl. auch Arndts Rechtslex. III S. 856. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 285.

[4] L. 11 §. 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1, l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 C. si pign. pignori 8. 24.

[5] Vgl. Vangerow I §. 366 Anm. Nr. I, Dernburg I §. 62. Ueber die Verpfändbarkeit der habitatio wird gestritten, Vangerow a. a. O., Dernburg I S. 488. Ueber die Verpfändung von Rechten an fremder Sache überhaupt s. die Abhandlungen von Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII. 18 und XV. 4

diesen Fällen im Wesentlichen die gleichen Rechte, wie wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet worden ist, Verkaufs- und Besitzesrecht. Das Nähere darüber unten §. 239.

Aber bei Forderungsrechten beschränkt sich hierauf der Inhalt des Pfandrechts nicht. Forderungsrechte gewähren dem Gläubiger noch einen anderen, ja näher liegenden Weg, sich Befriedigung zu verschaffen, als durch ihren Verkauf, nämlich durch ihre Einziehung. Und so ist demjenigen, welcher ein Pfandrecht an einer Forderung hat, auch diese Befugniß zugestanden worden[6].

Auf diesem Wege weiter gehend erhält man auch die Möglichkeit eines Pfandrechts an einem Pfandrechte. Ein Pfandrecht kann als solches (ohne seine Forderung) nicht verkauft werden; aber auch ohne seinen Verkauf kann sich ein Gläubiger durch dasselbe verschaffen, was er zu fordern hat, durch seine Ausübung nämlich. So besteht der Inhalt des Pfandrechts am Pfandrechte lediglich in der Befugniß, dasselbe statt des Berechtigten geltend zu machen.

Das Pfandrecht behält in diesen Fällen seine wesentliche Natur; es ist ein Recht eines Gläubigers, sich für seine Forderung aus dem Pfandobject durch eigene Macht Befriedigung zu verschaffen, nur nehmen die Mittel, durch welche diese Befriedigung erreicht wird, eine andere Gestalt an[7].

(1830. 1832), Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 (1834, 2. Aufl. 1847), Lang Arch. f. civ. Pr. XXIX. 10 (1846), Reinh. Schmid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 9 (1848).

[6] Das Nähere hierüber s. unten §. 239.

[7] Es ist eine sehr nahe liegende Frage, ob nicht die Definition des Pfandrechts von vornherein so gestellt werden soll, daß sie die bezeichneten Eigenthümlichkeiten des Forderungs- und des Afterpfandrechts mit umfaßt. Diese Frage wird bejaht in zwei neueren Schriften: R. Sohm die Lehre vom subpignus (1864), und F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867). Sohm definirt das Pfandrecht als „das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüstete Recht auf denjenigen Theil des Vermögenswerthes, der zur Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht (S. 12. 13). Bremer setzt die Macht des Pfandgläubigers darein, daß er „sich den Werth des Pfandobjectes in Anrechnung auf eine ihm zustehende Forderung aneignen (dürfe)“. Ich will die Berechtigung dieser Begriffsbestimmungen, von denen die letztere auch der in §. 226a Note 2 bezeichneten Eigenthümlichkeit des Pfandrechts an baarem Gelde Rechnung trägt

In allen genannten Fällen aber des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen ist das Pfandrecht in gleicher Weise ein dingliches Recht, wie das Pfandrecht an einer körperlichen Sache. Der Wille des Berechtigten ist auch in diesen Fällen entscheidend nicht unmittelbar für eine ihm gegenüberstehende Person, sondern für etwas außerhalb der Person Liegendes, nur nicht für einen Körper, sondern für eine vom Rechte geschaffene Willensmacht, über welche der Pfandberechtigte in gewisser Weise verfügen kann[8]. —

Von einem Pfandrechte an Rechten kann übrigens noch in einem ganz anderen Sinne, als in dem hier entwickelten, geredet

---

nicht in Abrede stellen, glaube aber, daß es jedenfalls für den Lehrvortrag besser ist, bei der hergebrachten Art und Weise der Darstellung stehen zu bleiben, und von dem immerhin hauptsächlichen Fall des Pfandrechts an körperlichen Sachen als Normalfall auszugehen. — Uebrigens hat Bremer [ebenso Siebenhaar Correalobligat. S. 154 fg.] seiner Begriffsbestimmung ein Element von sehr zweifelhaftem Werthe beigemischt, indem er, wodurch er allerdings eine noch größere Vereinfachung des Begriffs erzielt, auch das Pfandrecht an körperlichen Sachen als ein Pfandrecht an einem Rechte, dem Eigenthumsrechte, bezeichnet. Es ist allerdings ganz richtig, daß in dem Veräußerungsrecht der Wille des Pfandgläubigers unmittelbar nicht für die Sache maßgebend ist, sondern für das Eigenthumsrecht an der Sache; aber mittelbar ist er doch maßgebcud auch für die Sache, und im Besitzesrechte ist er es in aller Unmittelbarkeit. Bremer sucht zwar die Bedeutung des Besitzesrechtes des Pfandgläubigers dadurch abzuschwächen, daß er dem Pfandgläubiger dieses Recht nur zum Zwecke der Veräußerung einräumt. Aber ich halte das nicht für richtig, wie es denn jedenfalls mit der geschichtlichen Entwicklung der römischen hypotheca in entschiedenem Widerspruch steht; und wenn es richtig wäre, so wäre es deßwegen nicht weniger wahr, daß in dem Besitzesrechte der Wille des Pfandberechtigten entscheidend für den Körper der Sache ist. — Einen anderen Irrthum mischt Sohm seiner Auffassung bei, indem er die oben bezeichnete Macht des Pfandgläubigers nur als den „Inhalt" des Pfandrechts bezeichnet, und von diesem Inhalt die „Form" des Pfandrechts unterscheidet, welche nach Verschiedenheit des Pfandobjects verschieden sei. S. dagegen auch Bekker krit. VJSchr. VI S. 464 fg., Bremer a. a. O. S. 28 fg. 81 fg. — [Vgl. über die Schrift von Bremer die Anzeige von Hofmann krit. VJSchr. Bd. XII Heft 4.]

[8] Ist aber diese Willensmacht selbst dinglicher Natur, so ist auch das an ihr stattfindende Pfandrecht mittelbar ein Recht an der Sache selbst. Vgl. Note 3. — Die im Text aufgestellte, von der herrschenden Meinung keineswegs anerkannte Ansicht wird nun auch ausführlich vertheidigt von F. P. Bremer in der in der vorigen Note bezeichneten Schrift S. 80 fg. [Dawider Bürkel krit. VJSchr. XI S. 218 fg.]

werden, nämlich in dem Sinne[9], daß der Pfandgläubiger die Befugniß hat, nicht ein bestehendes Recht der bezeichneten Art zu übertragen, sondern ein noch nicht bestehendes neu zu begründen. Ein Pfandrecht dieses Inhalts hat das römische Recht zwar nicht an Forderungsrechten und an Pfandrechten, aber doch an den übrigen Rechten an fremder Sache anerkannt[10]. Den eigentlichen Gegen-

[9] Vgl. über diesen in der neueren Zeit viel besprochenen Fall: Büchel a. a. O. S. 74—95. 2. Aufl. S. 425—429, v. d. Pfordten Arch. f. civ. Pr. XXII S. 24 fg. (1839), Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servit. rusticae u. urbanae S. 31—58 (1844), Rudorff krit. Jahrb. f. RW. XV S. 323—326, Lang a. a. O. S. 317 fg., Schmid a. a. O. S. 327—364, Elvers Servitutenlehre §. 38, Keller Jahrb. d. gem. R. II. 4 (1858), Dernburg I §. 63, Cohnfeldt die s. g. irregulären Servituten nach R. R. S. 87—98 (1862), Vangerow I §. 367 Anm. Nr. II, Göppert Arch. f. civ. Pr. XLIX. 12 (1866), F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867) S. 127 fg. 194 fg.

[10] Speciell genannt werden der Nießbrauch (l. 11 §. 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1) und die Felddienstbarkeiten (l. 12 D. eod.). In Betreff des Gebrauchsrechts s. Vangerow a. a. O. Nr. II. 3, Bremer S. 206. Was die Gebäudedienstbarkeiten angeht, so schließt die herrschende Meinung dieselben aus, auf Grund von l. 11 §. 3 D. de pign. Aber die inneren Gründe, welche man für den Ausschluß angibt (s. darüber Vangerow a. a. O. Nr II. 2, Elvers S. 342 fg., Dernburg S. 497), befriedigen sämmtlich nicht, wenigstens für das neuere Recht nicht, s. auch Arndts §. 367 Anm. Nr. 2. d, Keller a. a. O. S. 217. So liegt die Erklärung nahe, welche nach dem Vorgange Aelterer wieder v. d. Pfordten a. a. O. vertritt, daß die l. 11 §. 3 cit. nur die Möglichkeit der Verpfändung einer bestehenden Gebäudedienstbarkeit, dieselbe beispielsweise nennend, leugne. Bedenklicher ist es, diese Erklärung auch für den Zusammenhang der Justinianischen Compilation festzuhalten, wo die Einrückung der l. 12 cit. hinter l. 11 §. 3 Absicht zu verrathen scheint. Doch ist es auch möglich, daß die Compilatoren ohne alle Absicht einfach das Material haben zusammenstellen wollen, und ich entschließe mich lieber zu dieser Annahme, als zu der Annahme einer Unerklärlichkeit. Göppert nimmt an, die l. 11 §. 3 cit. wolle für die Dienstbarkeiten, von welchen sie redet, nur die Möglichkeit der Verpfändung in gewöhnlicher Weise leugnen, nicht aber die Möglichkeit der Verpfändung in der besonderen in l. 12 cit bezeichneten Weise (s. die folgende Note). — Noch Andere (namentlich Zachariae von Lingenthal a. a. O. S. 52, ferner Elvers S. 342, Dernburg S. 496) lassen eine Verpfändung des nicht bestehenden Rechts auch nicht bei allen Felddienstbarkeiten, sondern nur bei den Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten zu, während Keller a. a. O. die l. 12 cit. so interpretirt, daß sie auch für die letzteren nicht von einer Verpfändung der bezeichneten Art, son-

stand eines solchen Pfandrechts bildet jedoch nicht sowohl das Recht, als die Sache selbst; es unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Pfandrechte an körperlichen Sachen nur dadurch, daß die Macht, welche es dem Pfandgläubiger über den Körper der Sache gewährt, eine beschränktere ist[11].

§. 228.

Wenn als möglicher Gegenstand des Pfandrechts auch das gesammte Vermögen bezeichnet wird, so ist das insofern unrichtig,

---

dern von einem eventuellen Verkauf an den Pfandgläubiger sprechen würde (dawider Dernburg I S. 495 Note 12, Cohnfeldt a. a. O. S. 90—92, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1 a. E., Bremer S. 128. 194, Göppert S. 299 fg., zustimmend Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 129. 130).

[11] Während beim gewöhnlichen Pfandrecht der Pfandgläubiger den Willen eines Andern zum entscheidenden Willen für die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen machen kann, kann er es hier nur für eine oder mehrere einzelne Beziehungen der Sache. — Mit der Verpfändung kann eine sofortige faustpfandweise Einräumung des Genusses des verpfändeten Rechts verbunden werden, l. 12 D. de pign. 20. 1. — Die hier vertretene Ansicht, nach welcher eine Verpfändung eines noch nicht bestehenden Rechts an fremder Sache dem Pfandgläubiger nur die Macht gibt, ein Recht an der Sache für einen Andern zu begründen, ist seit den Ausführungen Büchel's (Note 9) die herrschende. Früher war die herrschende Ansicht die, daß der Pfandgläubiger selbst das Recht erwerbe, und das erworbene Recht veräußern dürfe. Diese Ansicht wird auch jetzt noch festgehalten (für Felddienstbarkeiten) von Puchta §. 178. k, während Dernburg und Göppert zwar den Pfandgläubiger das verpfändete Recht erwerben lassen, aber die Verkaufsbefugniß desselben anders fassen. Dernburg: der Pfandgläubiger habe die Verkaufsbefugniß nur kraft ausdrücklicher Einräumung, und er übertrage bei Grunddienstbarkeiten nicht das erworbene Recht, sondern begründe ein anderes Recht gleichen Inhalts; Göppert (welcher nur von Grunddienstbarkeiten handelt): der Pfandgläubiger dürfe nach Fälligkeit der Forderung das herrschende Grundstück mit der ihm anklebenden Dienstbarkeit veräußern, während eine Veräußerung des herrschenden Grundstücks vor Fälligkeit der Forderung die Grunddienstbarkeit auf den Käufer nicht übertrage. Gegen Dernburg: Vangerow I S. 807. 808 in der 7. Aufl., Bremer S. 194 fg.; gegen Göppert Bremer S. 196 fg. Unter denjenigen, welche im Uebrigen mit uns gehen, gibt es dann noch solche, welche dem Pfandgläubiger nicht die actio hypothecaria zugestehen, sondern nur possessorischen Schutz in dem Fall, wo ihm faustpfandweise der Genuß des Rechts eingeräumt worden ist, so Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 33 und theilweise Schmid a. a. O. S. 349. 363, s. auch Bremer S. 79. Rudorff (a. a. O.), dem Cohnfeld (a. a. O.) folgt, gibt dem Pfandgläubiger selbst

als es ein Pfandrecht am Vermögen als solchem, als einem von seinen Bestandtheilen unterschiedenen Rechtsding, nicht gibt. Der wahre Kern jenes Satzes ist aber der, daß ein Pfandrecht an den sämmtlichen zu einem Vermögen gehörigen Gegenständen auch ohne specielle Bezeichnung derselben begründet werden kann, sei es unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift, sei es durch den Willen des Herrn des Vermögens[1]. Für den letzteren Fall stellt das römische Recht die Auslegungsregeln auf, daß die Verpfändung des gesammten Vermögens auch auf den zukünftigen Erwerb gehe[2], nicht aber auf diejenigen Gegenstände, von denen anzunehmen ist, daß der Eigenthümer sie auch speciell nicht verpfändet haben würde[3].

IV. Entstehung des Pfandrechts.

A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im Allgemeinen.

§. 229.

Das Pfandrecht kann entstehen durch die Willenserklärung des Eigenthümers, ferner unmittelbar durch Rechtssatz, endlich auch durch richterliche Verfügung. Ersitzung ist als Entstehungsgrund des Pfandrechts nicht anerkannt[1]. Die Willenserklärung

---

was den Käufer angeht keine andere Befugniß, als die, demselben Besitz zu verschaffen. Dagegen Vangerow S. 808. 809.

§. 228. [1] L. 1 pr. l. 6. 34 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 5 D. qui sine manum. 40. 8, l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. de pign. 8. 14. Man spricht in einem solchen Fall von einem „Generalpfand", einer „Generalhypothek", statt, wie man sollte, von einer Generalverpfändung ꝛc. ꝛc. Der Streit darüber, ob diese Ausdrücke nicht auf jede Verpfändung mehrerer Gegenstände unter einer Collectivbezeichnung zu beziehen seien, ist mit Recht unfruchtbar genannt worden. Vgl. Puchta §. 195. h, Vangerow I §. 369 Anm. 1 z. A., Dernburg I S. 503.

[2] L. 9 C. quae res pignori 8. 17.

[3] L. 6—9 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 C. quae res pign. 8. 17. Vangerow I §. 369 Anm. 2, Dernburg I §. 65. Seuff. Arch. XVI. 15, [XXIII. 194].

§. 229. [1] So von jeher die herrschende Meinung; nur vereinzelt ist das Gegentheil behauptet worden. Der Grund des Ausschlusses der Ersitzung liegt darin,

des Eigenthümers kann; eine letztwillige sein — davon im Erbrecht, — oder eine Willenserklärung unter Lebenden; in diesem letzteren Falle ist Acceptation von Seiten desjenigen, welcher das Pfandrecht erwerben soll, erforderlich, also ein Begründungsvertrag.

Was im Folgenden über die Entstehung des Pfandrechts des Näheren vorgetragen werden soll, bildet auch heutzutage noch das gemeine Recht Deutschlands. Dieses gemeine Recht erleidet aber in den allermeisten deutschen Territorien die wesentlichste Modification durch das, an die alte deutsche Auflassung anknüpfende, Institut der Hypothekenbücher. Wo dieses Institut in seiner vollen Entwicklung besteht, wird an unbeweglichen Sachen kein Pfandrecht irgend einer Art anerkannt, welches nicht in ein öffentliches Buch eingetragen ist; die gemeinrechtlichen Enstehungsgründe des Pfandrechts geben nur einen Titel auf die Eintragung[2]. In dieser Weise ist Jedem, welcher ein Pfandrecht an einem Grundstück erwerben will, die Möglichkeit gegeben, in Erfahrung zu bringen, ob das Grundstück nicht schon mit anderen Pfandrechten belastet ist. Ohne eine Einrichtung dieser Art gewährt das Pfandrecht eine wirkliche Sicherheit nicht; das römische Recht welches eine solche Einrichtung nicht ausgebildet hat, entzog damit dem Realcredit seine wesentlichste Grundlage[3]. — Bei beweglichen Sachen ist dieses System nicht durchführbar. Dafür haben viele deutsche Particularrechte den Satz des älteren deutschen Rechts festgehalten, wonach an Mobilien nur ein Faustpfand anerkannt wird[4].

---

daß das Pfandrecht seinem wesentlichsten Inhalt nach nicht besessen werden kann (§. 163 Note 1. 2). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II §. 247. 248, Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 2 S. 51—53, Dernburg I S. 178 fg., Scheurl krit. VJSchr. II S. 443, Bremer (§. 227 Note 7) S. 139 fg.

[2] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 149—151, Beseler §. 95—97, Bluntschli §. 99—101.

[3] Als Ersatz hatte das römische Recht nur eine Strafdrohung gegen den betrügerischen Verpfänder, l. 3 §. 1. 2 D. stellionatus 47. 20. Vgl. Dernburg I S. 181.

[4] Gerber §. 149 a. E. 152, Beseler §. 95. 98, Bluntschli §. 102. 103. — HGB. Art. 306—308. [Goldschmidt Handelsrecht I S. 881 fg.]

B. Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag*.

§. 230.

Für den Pfandvertrag gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, welche für Rechtsgeschäfte und Verträge überhaupt maßgebend sind; im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1) Einer Form bedarf der Pfandvertrag nicht, auch nicht der Vollendung durch die Besitzübertragung[1].

2) Ein gesetzliches Veräußerungsverbot schließt auch die Gültigkeit des Pfandvertrages aus[2]. Dagegen ist in der Person des Erwerbers die Fähigkeit, Eigenthum der verpfändeten Sache zu erwerben, Voraussetzung der Gültigkeit des Pfandvertrages nicht[3]

3) Verpfändung durch den Nichteigenthümer[4] gibt dem Gläu-

---

* Sintenis §. 26—28, Dernburg I §. 22—32.

§. 230. [1] L. 1 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 D. de pign. 20. 1. Pfandvertrag unter Abwesenden: l. 23 §. 1 eod. Pfandvertrag durch den Geschäftsführer: Seuff. Arch. V. 114. Acceptation: das. V. 115. Auslegung des Verpfändungswillens: l. 3 C. plus valere 4. 22, l. 3 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 2 C. quae res pign. 8. 17, l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. 20. 2, l. 26 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 2 C. si al. res 8. 16. Glück XIX S. 303 fg., Vangerow I §. 372 Anm. 1. Dernburg I §. 22. Vgl. auch Seuff. Arch. XIV. 90.

[2] L. 7 C. de reb. al. 4. 51; l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 8 §. 5 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 1 §. 2 D. de reb. eor. 27. 9, Nov. 7. 120, c. 5 X. de reb. eccl. al. 3. 13, l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43. Dernburg I S. 209. 210. 231—233.

[3] L. 24 D. de pign. 20. 1. „In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur". Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 194, Dernburg I S. 201 fg. — Läßt ein Geschlechtsunreifer sich ein Pfandrecht bestellen, so bedarf es dazu der Mitwirkung des Vormundes nicht. A. M. Dernburg I S. 203 wegen l. 38 D. de pign. act. 13. 7. Aber aus dem Wegfall der Pfandverpflichtungen auf den Wegfall der Pfandberechtigung zu schließen, ist nicht gerechtfertigt, am wenigsten für den Fall, wo der Pupill die Pfandverpflichtungen seinerseits zu erfüllen bereit ist.

[4] Von diesem Falle handeln die Abhandlungen von: Meyer Arch. f. civ Pr. IX. 12 (1826), Müller das. XI S. 392 fg. (1828), Trotsche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 3 (1843), Huschke das. XX. 6 (1845), Windscheid das. N. F. III. 10 (1847); s. ferner Vangerow I §. 372 Anm. 2, Dernburg I §. 28—31. [Goldschmidt Handelsrecht I S. 896 fg.]

biger kein Pfandrecht[5]; aber sie gibt ihm, wenn der Verpfänder redlicher Erwerber war, einen dem Anspruch dieses letzteren entsprechenden dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache[6]. Erwirbt der Nichteigenthümer, welcher verpfändet hat, hinterher das Eigenthum der verpfändeten Sache, so ist zu unterscheiden, ob er dieselbe als fremde, also für den Fall des künftigen Erwerbes, oder ob er sie als eigene verpfändet hat. Im ersten Fall, wohin namentlich die Verpfändung des künftigen Vermögens gehört, entsteht zugleich mit dem Eigenthum für den Verpfänder ein Pfandrecht für den Pfandnehmer[7]. Im zweiten Fall vermag der Eigenthumserwerb die anfängliche Ungültigkeit der Verpfändung nicht zu heilen; doch wird der Pfandnehmer durch Einrede gegen den Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger, und wenn er bei der Verpfändung in gutem Glauben war, auch durch Klage geschützt, und die gleiche Rechtsstellung überträgt er durch den

---

[5] L. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 2. 4. 6. 8 C. si al. res pign. 8. 16.

[6] L. 18 D. de pign. 20. 1. „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam". L. 21 §. 1 eod., l. 14 D. qui pot. 20. 4. Die Formel der hypothecaria actio verlangte, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung „in bonis" des Verpfänders gewesen sei (l. 15 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 6 C. si aliena res 8. 16); diesem Erforderniß genügte der redliche Erwerb (l. 49 D. de V. S. 50. 16). Die Behandlung ist hier eine andere, als bei dem Eigenthum und bei den übrigen Rechten an fremder Sache. Es wird nicht für den Empfänger ein publicianischer Anspruch neu begründet, sondern er erhält die Befugniß, die von dem Verpfänder erworbene Rechtsstellung für sich geltend zu machen; daher ist hier guter Glaube beim Verpfänder nothwendig, nicht aber beim Pfandnehmer. Vgl. Huschke S. 182—189, Dernburg I S. 222—225, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 186 fg.

[7] Die Verpfändung war nicht ungültig. Der Verpfänder hat nicht eine rechtliche Wirkung begründen wollen, welche er zu begründen nicht im Stande war; er hat das Eintreten derselben auf diejenige Zeit hinausgeschoben, wo die nothwendigen Voraussetzungen ihres Eintretens vorhanden sein würden. L. 16 §. 7 D. de pign. 20. 1. „Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit". L. 1 pr. eod. (Note 8), l. 15 §. 1 eod., l. 3 §. 1 l. 7 §. 1 D. qui pot. 20. 4. Eine Ausnahme von der Zulässigkeit der Verpfändung künftigen Erwerbes in l. 5 C. quae res pign. 8. 17. Huschke S. 197, Dernburg I S. 426.

Pfandverkauf auf den Käufer[8]. Das nämliche gilt, wenn der Eigenthümer der verpfändeten Sache durch Beerbung des Ver-

[8] Es treten hier die gleichen Grundsätze ein, wie bei der Eigenthumsübertragung durch einen Nichteigenthümer, wenn derselbe hinterher Eigenthum erwirbt (§. 172 Num. 1, §. 197 Num. 3). L. 1 pr. D. de pign. 20. 1. „Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est. In speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio". Diese Unterscheidung zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Pfandnehmer wird jedoch in anderen Stellen nicht gemacht, l. 41 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. si al. res pign. 8. 16, vgl. auch l. 22 D. de pign. 20. 1, und es fragt sich daher, ob nicht das Recht der l. 1 pr. cit. als durch diese Stellen überholt und beseitigt angesehen werden muß. Die herrschende Meinung ist nicht dafür, indem sie umgekehrt aus der l. 1 pr. cit. das Erforderniß des guten Glaubens in jene anderen Stellen hineinträgt. Gewiß muß ihr darin beigetreten werden. Der Hauptgrund ist, daß das römische Recht auch bei der Eigenthumsübertragung das Erforderniß des guten Glaubens für die Klage festgehalten hat, und mit der Eigenthumsübertragung wird die Verpfändung ausdrücklich zusammengestellt in l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1. Ferner verdient aber auch derjenige keinen Schutz, der sich wissentlich eine fremde Sache hat verpfänden lassen, und nur wenn er besitzt, muß er siegen, da jedenfalls der klagende Eigenthümer in dolo ist, wie er, und bei gleicher Lage immer der Beklagte vorgeht. — Es gibt aber in dieser Materie noch eine andere bestrittene Frage, nämlich die, ob der Gläubiger durch Einrede in derselben Weise gegen die Sondernachfolger des Verpfänders geschützt wird, wie gegen diesen selbst. In dieser Beziehung geht African in l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4 von dem Satz aus, daß der Gläubiger unbedingt geschützt werde nur gegen den Sondernachfolger aus wohlthätigem Titel, gegen den Nachfolger aus lästigem Titel bloß dann, wenn derselbe bei dem Erwerbe die Verpfändung gekannt habe. Dieß sind die Grundsätze, welche für den Uebergang der exceptio doli bei dinglichen Rechten überhaupt gelten (l. 4 §. 27—31 D. de doli exc. 44. 4). Hier ist aber nun mit Bestimmtheit zu sagen, daß bei der Entscheidung des African nicht stehen geblieben werden dürfe, und zwar aus dem gleichen Grunde, welcher soeben geltend gemacht worden ist, weil das römische Recht bei der Eigenthumsübertragung unbedingten Uebergang der exceptio (replicatio) doli anerkannt hat, wie der auf die citirten §§. der l. 4 D. de doli exc. sogleich folgende §. 32 klar ausspricht (vgl. §. 172 Note 7). — Uebrigens ist über die richtige Erklärung der l. 9 §. 3 cit. große Meinungsverschiedenheit. Vgl. darüber Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 10 (1847), wo auch eine Uebersicht der bis dahin erwachsenen Literatur gegeben ist, ferner Bachofen S. 551 fg. 553 fg., Dernburg I S. 263 fg. (welcher wieder zu einer älteren Meinung zurückgekehrt ist, wonach die Stelle

pfänders in die Verpfändung eintritt[9]. Unter den nämlichen Grundsätzen steht die Verpfändung einer noch nicht existirenden Sache[10].

4) Ein Pfandvertrag liegt auch in dem Vorbehalt eines Pfandrechts bei der Eigenthumsübertragung[11].

C. Entstehung des Pfandrechts durch Rechtssatz*.

§. 231.

Gewisse Forderungen haben ein Pfandrecht ohne Weiteres bloß kraft ihrer Existenz; der Verpfändungswille wird bei ihnen durch einen Rechtssatz ersetzt. Man spricht in diesen Fällen von einem gesetzlichen Pfandrecht[1].

---

sich daraus erklären soll, daß African die Bestellung eines zweiten Pfandrechts als Verpfändung unter einer Bedingung auffaßt), Scheurl krit. VJSchr. II S. 453, Schmid Grundlehren der Cession I S. 324 fg., Vangerow I §. 372 Anm. 2. c, Arndts §. 371 Anm. 1. a.

[9] Dieß sagt l. 22 D. de pign. 20. 1 (Modestin), das Gegentheil allerdings l. 41 D. de pign. act. 13. 7 (Paulus). Die Vereinigungsversuche sind zahlreich; s. darüber Dernburg I S. 269 Note 18, Scheurl krit. VJSchr. II S. 452, Vangerow I §. 372 Anm. 2 c. Aber keiner ist überzeugend. Man muß den Widerspruch anerkennen, und nach Analogie des für die Eigenthumsübertragung Geltenden entscheiden (§. 172 Note 7). Umgekehrt ziehen die Meinung des Paulus vor Bachofen S. 548, und, was die Klage angeht, Huschke S. 244.

[10] Also auch hier ist zu unterscheiden, ob die Sache schlechthin, oder ob sie für den Fall, daß sie mit oder nach ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders kommen sollte, verpfändet ist. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 11 §. 3 D. qui pot. 20. 4, l. 15 pr. D. de pign. 20. 1. [Göppert organische Erzeugnisse S. 235 fg.]

[11] Und zwar ist der das Pfand Bestellende der Erwerber des Eigenthums, l. 1 §. 4 l. 2 D. de reb. eor. 27. 9. Vgl. §. 212 Num. 7 und Dernburg I §. 32. A. M. Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 383 fg., Arndts §. 371 Anm. 2, vgl. Bachofen ausgew. Lehren S. 143. Gegen Lang Büchel civilrechtl. Erörterungen 2. Aufl. I S. 463. 464.

* Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. 2 Thle. 1803. Sintenis §. 31—35, Bachofen Nr. X. XI, Dernburg I §. 35—50. Glück XVIII S. 393—448. XIX S. 1—198; Vangerow I §. 374—376. — Die gesetzlichen Pfandrechte des HGB.: Art. 374—375. 382. 409—412. Vgl. auch Art. 313—316.

[1] Die Quellen sprechen von „pignora tacite contracta". Vgl. die Rubriken von Dig. 20. 2 und Cod. 8. 15 „in quibus causis pignus vel hy- §. 231.

Die gesetzlichen Pfandrechte haben zum Gegenstand entweder einzelne Sachen, oder das gesammte (gegenwärtige und zukünftige) Vermögen des Schuldners. Von den letzteren wird im folgenden §. die Rede sein; die ersteren sind folgende.

1) Der Vermiether eines nicht zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks[2] hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage[3] ein gesetzliches Pfandrecht[3a] an allem in das Grundstück nicht bloß vorübergehend[4] Eingebrachten[5].

---

potheca tacite contrahitur", und daselbst l. 3. 4. 6. 7 pr. D. l. 2. 3. 7 C., ferner l. 4 pr. D. de pactis 2. 14, l. 1 §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13, l. 1 C. comm. de leg. 6. 43, l. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. Dieser Ausdruck weist, was die Pfandrechte des Verpächters und des Vermiethers (unten im Text Num. 1 und 2) angeht, darauf hin, daß dieselben gesetzlich anerkannt worden sind auf Grund des präsumtiven Parteiwillens (l. 3. 4 pr. l. 6. 7 pr. D. tit. cit., l. 5 §. 2 eod., l. 1 pr. D. de migr. 43. 32, l. 61 §. 8 D. de furtis 47. 2); bei den andern gesetzlichen Pfandrechten will er nichts Anderes besagen, als daß hier der Parteiwille durch den Ausspruch des Gesetzes ersetzt werde. Jedenfalls soll durch diese Bezeichnung nicht etwa das gesetzliche Pfandrecht auf die Grundsätze vom Vertragspfandrecht reducirt werden. So schließt namentlich ein gesetzliches Verpfändungsverbot die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts nicht aus, l. 2. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9. Dernburg I §. 35. Als eigentliche gesetzliche Pfandrechte will nur die am gesammten Vermögen anerkennen Bachofen S. 271.

[2] Nicht bloß Wohngebäude gehören hierher, sondern auch Magazine, Stallungen 2c. 2c., selbst leere Plätze (areae), welche etwa zur Lagerung von Materialien, zu Zimmermannsarbeiten 2c. 2c. benützt werden. L. 6 D. h. t. l. 4 pr. D. de pactis 2. 14, l. 3. 4 D. h. t. Seuff. Arch. IV. 210. Eine besondere Abhandlung über dieses Pfandrecht in: Schwarze und Heyn, Untersuchung praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 9.

[3] L. 2 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. V. 58.

[3a] Nicht bloß ein qualificirtes Retentionsrecht. Dernburg I S. 296, Vangerow I §. 376 Nr. 1. a. Das Gegentheil nimmt an das Urtheil bei Seuff. IV. 210.

[4] L. 7 §. 1 D. h. t., l. 32 D. de pign. 20. 1. Vgl. l. 44 l. 79 §. 1 D. de leg. III° 32.

[5] Invecta et illata, l. 2. 3. 4 pr. l. 6 D. h. t., l. 4 pr. D. de pactis 2. 14. Hat aber der Schuldner kein anderes Vermögen hinterlassen, aus dem seine Beerdigung bestritten werden kann, so steht das Pfandrecht nach, l. 14 §. 1 D. de rel. 11. 7. An fremden Sachen hat der Vermiether wenigstens dem Miether gegenüber ein Retentionsrecht, l. 1 §. 5 l. 2 D. de migr. 43. 32. Das von dem Aftermiether Eingebrachte haftet dem Aftervermiether, aber zu-

2) Der Verpächter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage[6] ein gesetzliches Pfandrecht an den auf dem Grundstück von ihm oder einem Afterpächter[7] gezogenen Früchten[8].

3) Ein gesetzliches Pfandrecht hat ferner derjenige, welcher Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes geliehen hat, an dem wiederhergestellten Gebäude[9].

4) Ferner der geschlechtsunreife Mündel an der mit seinem Gelde (nicht auf seinen Namen) angeschafften Sache[10].

5) Endlich der Singular-Vermächtnißnehmer an demjenigen, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat[11].

---

gleich auch dem ersten Vermiether, l. 5 pr. D. h. t., l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg I S. 305. fg., Vangerow a. a. O. a. E.

[6] Arg. l. 2 D. h. t.

[7] L. 24 §. 1 l. 53 D. loc. 19. 2.

[8] L. 7 pr. D. h. t., vgl. l. 61 §. 8 D. de furt. 47. 2. — An den auf das Grundstück eingebrachten Sachen hat der Verpächter ein Pfandrecht nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Vertrages, welcher aber kein ausdrücklicher Vertrag zu sein braucht. Davon l. 5 C. de loc. 4. 65 (Dernburg S. 312: „voluntate dominorum", d. h. auf Verlangen der Verpächter). A. M. Bachofen S. 21—23, welcher annimmt, es werde in der Stelle ein ausdrücklicher Pfandvertrag vorausgesetzt, und unter den „domini" seien die Eigenthümer der eingebrachten Sachen verstanden. Gegen diese Erklärung jetzt auch wieder Vangerow I §. 372 Anm. 1 (der in der 6. Aufl. Bachofen gefolgt war).

[9] Dieses Pfandrecht ist durch einen Senatsschluß unter K. Marcus eingeführt worden, l. 1 D. h. t. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 4 (1844). Vgl. außerdem Dernburg I §. 38, Sintenis S. 298 fg. und gem. Civilr. I §. 72 Note 8, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 83—87. Seuff. Arch. I. 187, II. 266, VI. 162, XII. 253.

[10] Nach einer Verordnung von Severus und Caracalla. L. 6 C. de servo pign. dato 7. 9, l. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9, l. 7 pr. D. qui pot. 20. 4. Mit diesem Pfandrecht concurrirt in dem Falle, wo die Anschaffung durch den Vormund geschehen ist, die Befugniß des Mündels, die Sache sofort als die seinige in Anspruch zu nehmen (§. 174 Note 7).

[11] Dieses Pfandrecht ist erst von Justinian eingeführt worden. L. 1. 2 C. comm. de leg. 6. 43. Dem Erbschaftsvermächtnißnehmer steht es nur in einem ganz besonderen Falle zu, Nov. 108 c. 2.

§. 232.

Ein gesetzliches Pfandrecht am gesammten Vermögen steht zu:

1) dem Fiscus für alle seine Forderungen mit Ausnahme der Strafforderungen[1];

2) ebenso dem Landesherrn und seiner Gemahlin[2];

3) dem Minderjährigen und dem Wahnsinnigen für ihre Forderungen gegen ihren Vormund aus der von demselben geführten Verwaltung ihres Vermögens[3]. Ist die Mutter Vormün-

---

§. 232. [1] Steuerforderungen: l. 1 C. h. t., l. 1 C. si propter publ. pens. 4. 46. Contractsforderungen: l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. h. t., l. 2. 3 C. de priv. fisci 7. 73, l. 3 C. de primipilo 12. 63. Die allgemeinne Regel ist enthalten in l. 46 §. 3 D. de I. F. 49. 14: „Fiscus semper habet ius pignoris". Die Ausnahme der Strafforderungen in l. 17. 37 D. de I. F. 49. 14, l. un C. poenis fiscalibus 10. 7. In diesem Umfange ist das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus erst am Ende des 2. Jahrh. der Kaiserzeit ausgebildet. Ueber das Geschichtliche s. Bachofen Nr. X, Dernburg I §. 41. 43. — Früher war es herrschende Ansicht, daß der Fiscus nur für seine Steuer- und Contractsforderungen ein gesetzliches Pfandrecht habe, und diese Ansicht vertritt mit manchen Andern (vgl. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 5) jetzt auch wieder Dernburg I S. 340. Ich glaube nicht, daß dieselbe haltbar ist. L. 10 pr. D. de pact. 2. 14 und l. 2 C. de her. act. 4. 16 enthalten keinen Beweis; man braucht nur an Fälle zu denken, wo der Fiscus auf sein Pfandrecht verzichtet hat. Dazu kommt der weite Sinn, in welchem der Ausdruck contrahere in den Quellen genommen wird, vgl. l. 1 D. de relig. 11. 7, l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 3 l. ' D. quib. ex caus. 42. 4 und namentlich l. 20 D. de iud. 5. 1. Gegen die Dernburg'sche Ansicht s. namentlich Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 336 fg., Sintenis I §. 72 Note 18, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 1. Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 263, XI. 20, XIV. 120. — Der Fiscus als Rechtsnachfolger in eine fremde Forderung: l. 25 D. de pign. 20. 1, l. 6 D. de I. F. 49. 14; Windscheid die Actio ꝛc. S. 187, Dernburg I S. 342 fg., Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 1 b. S. auch II §. 332 Note 12.

[2] L. 6 §. 1 D. de I. F. 49. 14.

[3] L. un. C. rem. alien. 4. 53, l. 20 C. de adm. tut. 5. 37 (= l. 1 C. Th. de adm. et per. 3. 30), l. 7 §. 5. 6 C. de cur. fur. 5. 70. Das gesetzliche Pfandrecht des Wahnsinnigen rührt erst von Justinian her (dritte Stelle); über das Alter des Pfandrechts des Minderjährigen ist Streit, indem Einige auf Grund der ersten Stelle annehmen, daß es bereits unter der Regierung des Severus und Caracalla gegolten habe, während Andere, diese Stelle für interpolirt haltend, es erst auf Constantin (zweite Stelle) zurückführen. Vgl. Dernburg I §. 45 und die dort Citirten. — Findet das Pfand-

derin, und sie schreitet zur zweiten Ehe, bevor sie den Kindern Rechnung gelegt und ihnen ihr Vermögen herausgegeben hat, so erstreckt sich dieses Pfandrecht auch auf das Vermögen ihres zweiten Ehemannes[4].

4) Kinder, deren Vermögen unter der Verwaltung ihres Vaters steht, haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben: a) in Betreff des Ehegewinnes[5], welcher dem Vater von der Mutter zugekommen, aber in Folge zweiter Ehe[6] oder sofort[7] an die Kinder gefallen ist[8]; b) in Betreff dessen, was die Kinder von der Mutter oder den mütterlichen Ascendenten direct erworben haben[9].

---

recht auch Statt, wenn Jemand, ohne wirklich Vormund zu sein, das Vermögen eines Minderjährigen oder Wahnsinnigen vormundschaftlich verwaltet? Dafür Dernburg I S. 367, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 2, und die daselbst Citirten. — Ungerechtfertigt ist die Ausdehnung auf die Vormünder anderer Personen, Dernburg I S. 368 (welcher aber in l. 13 §. 11 C. de iud. 3. 1 für den speciellen Fall derselben die Anordnung einer gesetzlichen Hypothek findet), Vangerow a. a. O. A. M. die bei Glück XIX S. 147 Note 17 Genannten, Sintenis Pfandr. S. 336. Vgl. Seuff. Arch. XII. 252.

[4] L. 2 C. quando mul. 5. 35, l. 6 C. h. t. 8. 15, Nov. 22 c. 40. Gegen die (auf l. 3 C. quando mulier 5. 35, Nov. 94 c. 1 gestützte) Ansicht, daß die Mutter als Vormünderin nur in diesem letzteren Falle dem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen sei (Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 225— 232, Rudorff Vormundschaft I S. 262, Vangerow a. a. O.) s. Dernburg I S. 365—366.

[5] Lucrum nuptiale. S. II §. 511 Note 2.

[6] S. II §. 511 Note 3—5.

[7] Nach Nov. 98 c. 1 soll die dem Manne anfallende Dos auch ohne zweite Ehe sogleich in die Proprietät der Kinder übergehen, nach Nov. 127 c. 3 jedoch mit Abzug eines Kopftheils.

[8] L. 8 §. 4 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Man hat geleugnet, daß dieses Pfandrecht auch für die nach der vorigen Note sofort an die Kinder fallende Dos gelte. So Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 57 fg., dem sich Dernburg I S. 379 anschließt. Dieser Meinung ist nicht beizutreten. Gegen dieselbe beweisen zwar nicht die Worte am Schluß der Nov. 98 c. 1 cit.: „et aliis accessionibus", welche in Widerspruch mit dem griechischen Texte zu verstehen nicht nöthig ist, wohl aber, was Justinian in der Mitte sagt: „his quae super parentibus ad secundas venientibus nuptias sancita sunt, in suo ordine servandis". Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 84 fg., Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3 a. E.

[9] L. 8 §. 5 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Abweichende An-

5) Ein gleiches Pfandrecht, wie das unter 4. a genannte, haben die Kinder auch am Vermögen ihrer Mutter wegen des von dem Vater an dieselbe gefallenen und den Kindern erworbenen Ehegewinnes[10].

6) Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihres Ehemannes wegen ihrer Forderungen auf Herausgabe: a) ihrer Dos[11]; b) ihres in die Verwaltung des Mannes übergegangenen Paraphernalvermögens[12]; c) der ihr vom Manne als Wiederlage gegen die Dos verschriebenen Eheschenkung[13]. Das Pfandrecht wegen der Dos steht in gleicher Weise jedem Andern zu, an welchen nach gesetzlicher Regel des Dotalrechts die Dos mit Auflösung der Ehe fällt[14].

---

sichten: 1) dieses Pfandrecht erstrecke sich auch auf das den Kindern von den mütterlichen Seitenverwandten Angefallene; s. dagegen Pfeiffer jur. Ausführungen I. 5, Dernburg I S. 378, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3. b. 2) Dieses Pfandrecht setze zweite Ehe des Vaters voraus. So z. B. Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3a; s. dagegen Dernburg I S. 377. 3) Es bestehe gar nicht, sondern in l. 8 §. 5 cit. sei nichts enthalten, als eine Erstreckung des Pfandrechts wegen des Ehegewinnes auf die Kinder in der Gewalt. So Löhr Arch. f. civ. Pr. IX. 4. X. 17; dagegen Dernburg I S. 376—377, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3.

[10] L. 6 §. 2 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Leo 469), Nov. 98 c. 1. Nach der letzteren Stelle fällt an die Kinder auch ohne zweite Ehe, in gleicher Weise wie die dem Vater erworbene Dos, die der Mutter erworbene donatio propter nuptias; jedoch gilt auch hier die Beschränkung der Nov. 127 c. 3.

[11] L. 30 C. de I. D. 5. 12 (vgl. II §. 503 Note 4), l. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13 (Justinian), §. 29 I de act. 4. 6. Auch die Braut, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt? Dafür z. B. Sintenis Pfandrecht S. 316, Puchta §. 200. w; dagegen Dernburg I S. 386—387, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 4. Auch die putative Ehefrau? Dafür Puchta a. a. O., Sintenis S. 319, Dernburg I S. 388; dagegen Vangerow a. a. O. Auch die jüdische Ehefrau? Dagegen Viele wegen Nov. 109 (Vangerow a. a. O.), so auch Seuff. Arch. VIII. 115, [XXI. 240]; dafür Fr. Schloß die Dotalprivilegien der Jüdinnen (1856), Dernburg I S. 388—389, Seuff. Arch. XVII. 117.

[12] Nach l. 11 C. de pact. 5. 14 (Justinian) nur wegen der dem Manne übergebenen und von demselben eingetriebenen Capitalien. Die Ausdehnung beruht auf der Praxis. Dernburg I S. 393.

[13] L. 12 §. 2 C. qui pot. 8. 19, Nov. 109 c. 1. Sintenis Pfandr. S. 325—327, Dernburg S. 384—385.

[14] Den Erben, dem Vater und den väterlichen Ascendenten der Frau.

7) Umgekehrt hat der Ehemann ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desjenigen, der ihm eine Dos versprochen hat[15].

8) Wenn einem überlebenden Ehegatten etwas unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung hinterlassen worden ist, so findet ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben zu Gunsten desjenigen Statt, an welchen das Hinterlassene bei Ueberschreitung der Bedingung zurückfällt[16].

9) Kirchen haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der Verschlechterung der Emphyteusis[17].

10) Die Praxis neigt dazu, Kirchen ein gesetzliches Pfandrecht auch am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der geführten Verwaltung, ein gleiches Pfandrecht den Stadtgemeinden, sowie den letzteren ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen der Steuerpflichtigen wegen ihrer Steuerforderungen zu gewähren[18].

D. Richterliches Pfandrecht.

§. 233.

Der Richter kann durch seine Verfügung ein Pfandrecht begründen im Theilungsurtheil[1]; ferner zum Zweck der Execution eines Urtheils auf Bestellung eines Pfandrechts[1a].

Justinian hat dieses Pfandrecht angeknüpft an die von ihm neu geschaffene actio ex stipulatu. S. die in Note 11 citirten Stellen.

[15] L. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. Dernburg I S. 394; vgl. Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 5.

[16] Nov. 22 c. 44. Die Erklärung von Marezoll (Magazin f. RW. u. Gesetzg. IV. 11 Nr. 9. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 8), wonach dieses Pfandrecht ganz wegfallen würde, hat keinen Beifall gefunden. S. darüber Dernburg I §. 50, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 6. Vgl. noch Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 37—42.

[17] Nov. 7 c. 3 §. 2.

[18] Vgl. Sintenis S. 342—343, Dernburg I S. 356—357. Ueber l. 2 C. de deb. civ. 11. 32 s. Dernburg I S. 355.

[1] Es ist das zwar in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber §. 233. deßwegen nicht weniger sicher. Für entscheidend muß die Analogie der Dienstbarkeiten (§. 214 Note 1) gehalten werden. A. M. Böcking Grundriß II §. 94 und, jedoch nicht für das heutige Recht, Dernburg I S. 177—178. Vgl. Arndts §. 372 Anm. 3.

Aus anderen richterlichen Verfügungen ergeben sich Rechtsverhältnisse, auf welche zwar der Ausdruck Pfandrecht in unseren Quellen angewendet wird, aber mehr in dem allgemeinen Sinn, daß auch hier etwas zur Sicherheit eines Anspruchs dient, während der nähere Inhalt dieser Rechtsverhältnisse von dem Inhalt des gewöhnlichen Pfandrechts mehr oder minder abweicht. Im Einzelnen gehört hierher:

1) die Pfändung, welche der Richter zum Zwecke der Execution eines Urtheils vornimmt. Das Gepfändete wird durch die Pfändung jeder die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigenden Verfügung des Schuldners entzogen, und es wird auch, wenn der Schuldner die gesetzliche Frist verstreichen läßt, verkauft, und aus dem Kaufpreise der Gläubiger befriedigt[2]. Aber dieser Verkauf erfolgt nicht durch den Gläubiger kraft eines ihm zustehenden Rechts an der Sache, sondern durch den Richter von Amtswegen[3], wie denn auch der Gläubiger durch den Verkauf dem Käufer gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet wird[4]. Ebensowenig enthalten die Quellen etwas von einem dem Gläubiger zustehenden Klagerecht auf Herausgabe des Besitzes der verpfändeten Sache[5].

[1a] Vgl. §. 173 Note 5, §. 214 Note 2, §. 221 Note 5, §. 223 Note 13.

[2] L. 15 §. 2 l. 31 D. de re iud. 42. 1.

[3] L. 2 C. si in causa iud. 8. 23. „Quum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit“. L. 50 l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2.

[4] Verweigert der Käufer die Zahlung, so wird demselben das Pfand durch den Richter wieder genommen, l. 15 §. 7 D. de re iud. 42. 1. Wird das Pfand dem Käufer evincirt, so er hat er zwar actionem ex emto, aber nur gegen den befreiten Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2.

[5] Die im Texte vorgetragene Auffassung wird mit Recht geltend gemacht von Dernburg I §. 53. II §. 119, während die herrschende Ansicht das s. g. pignus in causa iudicati captum mit dem gewöhnlichen Pfandrechte auf ganz gleiche Linie stellt (so neuerdings noch Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 272 fg.). Für die herrschende Ansicht beweist auch nicht l. 1 C. si in causa iud. 8. 23, welche von Einweisung in den Besitz und einem dadurch erzeugten s. g. prätorischen Pfandrecht (s. im Text unter Num. 2) spricht; statt „pignori datas“, welches kritisch zweifelhaft ist und keinen guten Sinn gibt, ist wahr-

2) Ein Pfandrecht entsteht auch aus einer vom Richter ertheilten Einweisung in den Besitz einer einzelnen Sache oder eines ganzen Vermögens[6], wenn in Folge derselben der Besitz wirklich erlangt worden ist[7], und vorausgesetzt, daß die Einweisung den Zweck hat, dem Eingewiesenen Sicherheit für die Erfüllung eines ihm zustehenden Anspruches zu verschaffen[8]. Im Einzelnen gehört hierher[9]: die Einweisung in den Besitz des Vermögens des Schuldners[10], welche den Gläubigern im Falle des Concurses ertheilt wird[11]; die Einweisung der Vermächtnißnehmer[12]; die

---

scheinlich zu lesen „pignori occupatas". Vgl. l. 2. 3. C. qui pot. 8. 18. [v. Meibom Arch. f. civ. Pr. LII. 12.]

[6] L. 26 pr. D. de pign. act. 13. 7: „si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui. L. 3 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9. Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem pignus praetorium, l. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 1. 2 C. de pign. praet. 8. 22, vgl. l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54. — Vom pignus praetorium handelt ausführlichst Bachofen S. 281—480; ferner Dernburg I §. 51. 52.

[7] L. 26 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

[8] Diese Voraussetzung versteht sich nach dem Begriffe des Pfandrechts von selbst. Ein Pfandrecht entsteht also nicht, wenn durch die Einweisung unmittelbar derjenige factische Zustand realisirt wird, dessen Rechtmäßigkeit der Nachsuchende behauptet, wie z. B. wenn der Curator eines Wahnsinnigen oder der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente Eingesetzte in den Besitz der Erbschaft eingewiesen wird. Dernburg I S. 491.

[9] L. 1 D. quib. ex caus. 42. 4. „Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem [bonorum] mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia, et ventris nomine; damni enim infecti nomine si non caveatur, non (in) universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum timetur". Dernburg I S. 401.

[10] L. 11 §. 1 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 35 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 2. 3 C. qui pot. 8. 18, l. 1 C. si in causa iud. 8. 23 (Note 5).

[11] Im älteren römischen Rechte war die „missio rei servandae causa" in Verbindung mit dem in den meisten Fällen sich daran anschließenden Verkauf des Vermögens des Schuldners das allgemeine römische Executionsmittel gegen den verurtheilten, geständigen oder nicht belangbaren Schuldner. Das Nähere über ihre fernere Geschichte gehört nicht hierher. Vgl. Bachofen S. 283 fg., Dernburg I S. 404. 416, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 114. III §. 159, Wetzell Civilproc. S. 576 (1. Aufl. S. 477).

[12] L. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 3. 5 C. ut in poss. leg. 6. 54. Der Vermächtnißnehmer wird eingewiesen: 1) in den Besitz des Nachlasses, wenn ihm der beschwerte Erbe bei nicht sofortiger Einforderbarkeit des Vermächtnisses Bürgschaft verweigert; 2) auch in den Besitz des

Einweisung wegen verweigerter Sicherheit für den Ersatz des Schadens, welcher von der Fehlerhaftigkeit des benachbarten Grundstücks oder einer darauf befindlichen Anlage droht[13]; die Einweisung der Mutter des ungebornen Erben[14]. Das aus einer solchen Einweisung entstehende Rechtsverhältniß ist im Allgemeinen das, daß der Eingewiesene in dem ihm verliehenen Besitz geschützt wird[15], und ihm derselbe auch durch fernere rechtliche Verfügungen des Eigenthümers nicht mehr verkümmert werden kann[16]; ein Verkaufsrecht dagegen ist mit demselben nur im ersten Fall verbunden[17]. In einem andern Fall gewährt dieses Pfandrecht die Befugniß, sich aus den Früchten des Gegenstandes der Einweisung zu befriedigen[18].[19]

---

eigenen Vermögens des Erben, wenn derselbe nach Fälligwerden des Vermächtnisses und gerichtlicher Zahlungsaufforderung 6 Monate mit der Entrichtung im Rückstand bleibt. Beide Einweisungen stellt zusammen l. 6 C. ut in poss. leg. 6. 54; näher handelt von denselben l. 5 D. ut in poss. 36. 4. Die letztere Einweisung unterscheidet sich von der ersteren dadurch, daß der Eingewiesene auch das Recht hat, sich aus den Früchten des Vermögens, in welches er eingewiesen ist, zu befriedigen, l. 5 §. 16. 21 D. tit. cit. Vgl. III §. 648 Num. 2. 3.

[13] Die Einweisung hat zum Gegenstand das schadendrohende Grundstück. L. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 3 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9, l. 23 D. de pec. 15. 1. Vgl. II §. 458. 459.

[14] Die Einweisung erfolgt in die Erbschaft. Dig. 37. 9 de ventre in possessionem mittendo. Vgl. III §. 618.

[15] Die Verletzung seines Besitzesrechts erzeugte nach früherem römischen Recht nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verletzer, l. 1 pr. l. 4 pr. §. 2. 4 D. ne vis fiat ei 43. 14, l. 15 §. 36 D. de damno inf. 39. 2. Justinian hat dem Eingewiesenen einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer gegeben, l. 2 C. de praet. pign. 8. 22.

[16] L. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54, l. 2 C. qui potiores 8. 18, vgl. l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 12 D. pro emt. 41. 4.

[17] L. 1 C. si in causa iud. 8. 23. S. auf der andern Seite l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 114 §. 12 D. de leg. I° 30.

[18] Note 12 a. E. Der eingewiesenen Mutter des ungebornen Erben werden die Alimente, auf welche sie Anspruch hat, durch den aufgestellten Curator des Ungebornen unmittelbar verabreicht, l. 1 §. 19 l. 5 pr. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9.

[19] Der wesentliche Gegensatz, in welchem das hier erörterte Rechtsverhältniß zu dem gewöhnlichen Pfandrecht steht, spiegelt sich auch in der Ausdrucksweise der Quellen ab. Gegenüber den Stellen, in welchen geradezu von

E. Erwerb bestehender Pfandrechte.

§. 233a.

Es ist jetzt noch die Frage zu beantworten, inwiefern es möglich ist, ein bestehendes Pfandrecht zu erwerben. Ein solcher Erwerb ist möglich in und mit dem Erwerbe der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dient; das Pfandrecht folgt seiner Forderung ohne Weiteres in jede neue Hand[1]. Ohne die

---

einem pignus gesprochen wird, wird in l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54 gesagt: — „causam tuam quam iure praetorio *veluti* pignus habuisti", in l. 18 §. 6 D. fam. erc. 10. 2: — „non . . discederet legatarius a possessione, quam *vice pignoris* erat consecutus", in l. 23 D. de pec. 15. 1: — „*pro pignore* ea, si non defendantur, actor . . possidet", und in l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4 heißt es geradezu: „sed *pignora* quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit". Derselbe Gegensatz in l. 13 D. quae in fr. cred. 42. 8. S. auch l. 9 §. 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5.

[1] L. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10. Vgl. II §. 332 Note 8. Dernburg I §. 78. — Es gibt Fälle, in welchen Jemand das Recht hat, die Abtretung einer Pfandforderung von dem Gläubiger gegen Befriedigung desselben zu verlangen. Diese Fälle sind: 1) der Fall des von dem Pfandgläubiger belangten Bürgen (l. 2. 11. 14. 21 C. de fidei. 8. 41, vgl. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 170 fg.), so jedoch, daß nach Nov. 4 c. 2 (§. 235 Note 19) der Bürge durch die Abtretung der Forderung keinen Pfandanspruch gegen den dritten Besitzer der Pfandsache erhält (Dernburg II S. 367, vgl. Arndts §. 378 Anm. 5, Seuffert §. 222 Note 1); 2) der Fall des rechtmäßigen Besitzers der Pfandsache, von welchem der Pfandgläubiger Herausgabe derselben verlangt (l. 19 D. qui pot. 20. 4, §. 235 Note 18). In diesem letzteren Falle geht aber die Pfandforderung auch ohne Abtretung von Seiten des Gläubigers (durch s. g. cessio legis) auf den abfindenden rechtmäßigen Besitzer über. So, gegen die herrschende Meinung, Schmid Grundlehren der Cession I S. 283 fg., und ich glaube nicht, daß nach l. 57 i. f. D. de leg. I° dieser Satz bestritten werden darf. Mühlenbruch Cession §. 44 Note 542 stellt die Entscheidung der genannten Stelle als eine Singularität für Vermächtnisse dar; aber es leuchtet nicht ein, welche Rechtfertigung sie gerade in der Natur der Vermächtnisse finde. Jedenfalls abstrahirt sie von aller Willensinterpretation, kraft deren sonst so häufig bei Vermächtnissen eine Entscheidung getroffen wird, die an und für sich nicht begründet wäre. Die übrigen Stellen, welche Schmid für sich anführt (l. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 3 C. de neg. gest. 2. 19, l. 2 C. de deb. civ. 11. 32), halte ich nicht für beweisend. — Erwerb einer Pfandforderung kann auch im Erbtheilungsverfahren durch den Theilungsspruch geschehen (l. 3 D. fam. erc. 10. 2). Keinen

Forderung, welche es versichert, kann das Pfandrecht regelmäßig nicht erworben werden[2]; in Ausnahmefällen hat jedoch das römische Recht auch einen solchen Erwerb zugelassen[3]. Dasselbe hat anerkannt: 1) daß das Pfandrecht unter gewissen Voraussetzungen von der Forderung, für welche es besteht, auf eine andere Forderung übertragen werden könne. Die Fälle, in welchen das römische Recht dieß anerkannt hat, haben das Gemeinsame, daß die Forderung, auf welche das Pfandrecht übertragen wird, an die Stelle der ursprünglichen Pfandforderung tritt, in der Weise, daß diese letztere untergeht. Das römische Recht hat aber 2) auch anerkannt, daß das für eine untergehende Forderung bestehende Pfandrecht auf ein anderes Subject übergehen kann, ohne sich bei demselben wieder mit einer Forderung zu verbinden, so daß es bei dem neuen Erwerber als selbständiges Recht fortbesteht (§. 225 Num. 2). — Das praktische Interesse des in diesen Fällen anerkannten Erwerbes eines bestehenden Pfandrechts

---

Erwerb der Pfandforderung aber finden die Quellen in der Adjudication der Pfandsache, wenn dieselbe im Erbtheilungs- oder gewöhnlichen Theilungsverfahren einem der Theilhaber ganz gegen Befriedigung des andern zugesprochen wird; in diesem Falle wird dem Adjudicatar zum Zweck der Wiedererlangung des an den andern Theilhaber Gezahlten ein Anspruch gegen den Schuldner nur nach dem Gesichtspunkt einer für den Schuldner gemachten Auslage gewährt. L. 29 D. fam. erc. 10. 2, vgl. l. 7 §. 12. 13 D. comm. div. 10. 3. Freilich ist über die Auslegung der l. 29 cit. viel Streit; s. darüber Sintenis Pfandrecht S. 447 fg. und gem. Civilr. I §. 75 Anm. 9, Bachofen S. 196 fg., Schmid Cession I S. 270 fg., Dernburg II S. 43 fg., Vangerow I §. 365 Anm. Ich halte es nicht für unwahrscheinlich, daß die genannten Stellen ursprünglich von der fiducia gehandelt haben.

[2] Anders verhält es sich mit dem Pfandanspruch (der actio hypothecaria); derselbe kann durch Cession erworben werden, wie jeder andere Anspruch, Aber damit erlangt der Cessionar kein Pfandrecht, und namentlich keine Verkaufsbefugniß. Vgl. über diese Frage Mühlenbruch Cession S. 332 fg., Puchta Rechtslex. II S. 644 (kl. civ. Schriften S. 468), Vangerow III S. 120, Dernburg I S. 561, Sintenis II §. 129 Anm. 39a.

[3] Diese Ausnahmefälle sind es, in welchen man heutzutage vorzugsweise von einer „hypothekarischen Succession" spricht. Vgl. über dieselben Sintenis §. 46. 47, Bachofen S. 497—541, Dernburg II §. 161—166 (die §§. 161—164 schon früher abgedruckt im Arch. f. civ. Pr. XLI. 1); ferner Schmid die Grundlehren der Cession I S. 279—352 (1863). Glück XIX. S. 351 fg.

zeigt sich hauptsächlich, jedoch nicht ausschließlich[4], in der dadurch gewährten Möglichkeit, sich den Rang zu verschaffen, welchen ein bestehendes Pfandrecht vor anderen nachfolgenden Pfandrechten einnimmt (vgl. §. 247).

§. 233b.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind folgende.

1. Wenn durch Novation an die Stelle einer Forderung eine andere gesetzt wird, so können die den Novationsvertrag Abschließenden ausmachen, daß auf die neue Forderung, so weit sie den Betrag der alten nicht übersteigt, das Pfandrecht der alten übergehen solle[1]; jedoch ist dazu die Mitwirkung oder Einwilligung des Eigenthümers der Pfandsache erforderlich[2].

2) Unter der gleichen Voraussetzung[3] kann derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich durch den Schuldner das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers übertragen lassen[4]. Der gewöhnlichste hierher gehörige

---

[4] Vgl. l. 3 D. quae res pign. 20. 3.

[1] L. 11 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 3 pr. l. 12 §. 5 l. 21 pr. D. qui pot. 20. 4, vgl. l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27, l. 18 D. de nov. 46. 2. Wechselt bei der Novation der Gläubiger nicht, so heißt es in den Quellen „in suum locum eum succedere“. §. 233b.

[2] L. 30 D. de nov. 46. 2 und arg. l. 2 D. de pign. act. 13. 7. Zwar geht der Wortlaut der in beiden Stellen erwähnten und wegen Mangels des Eigenthums des Contrahirenden für ungültig erklärten Verträge nicht speciell auf Uebertragung des für die alte Obligation bestehenden Pfandrechts, sondern im Allgemeinen darauf, daß die neue Obligation ein Pfandrecht haben solle; aber es läßt sich nicht wohl bezweifeln, daß man diese Verträge interpretationsweise durch Beziehung auf die bestehenden Pfandrechte aufrecht erhalten haben würde, wenn sich ihnen nicht auch in dieser Richtung das mangelnde Eigenthum des Pfandverleihers entgegengestellt hätte.

[3] L. 2 D. de pign. act. 13. 7.

[4] L. 3 D. quae res pign. 20. 3, l. 12 §. 8 D. qui pot. 20. 4, l. 1 C. de his qui in prior. 8. 19. Man darf nicht etwa sagen, daß derjenige, welcher einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dadurch das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers ohne Weiteres erwerbe; dagegen ausdrücklich l. 1 C. cit., l. 3 D. cit., l. 2 D. de pign. act. 13. 7. Sondern es ist eben nothwendig ein Vertrag mit dem Schuldner, durch welchen dieser ihm ein Pfandrecht, und gerade das Pfandrecht des Abgefundenen einräumt. Freilich braucht das Letztere (daß auf den neuen Gläubiger

Fall ist der, wo Jemand einem Pfandschuldner ein Darlehn zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers gibt[5]; aber auch der Fall gehört hierher, wo Jemand auf Anweisung des Schuldners selbst an den Gläubiger zahlt[6], so wie der, wo er auf ein ihm für eine andere Forderung zustehendes Pfandrecht verzichtet, damit der Schuldner die Sache pfandfrei verkaufen und aus dem Erlöse den Gläubiger befriedigen könne[7]. Ist die Befriedigung des abgefundenen Gläubigers nur eine theilweise, so geht sein Pfandrecht auf denjenigen, aus dessen Mitteln er abgefunden worden ist, auch nur für den geleisteten Betrag über[8], und zwar behält er für den Betrag, welcher ihm nicht geleistet worden ist, den Vorrang[9].

3) Auch dadurch, daß derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich dafür von dem Schuldner die Pfandsache zu Eigenthum übertragen läßt,

---

gerade das Pfandrecht des Abgefundenen übergehen solle) nicht ausdrücklich ausbedungen zu werden; auch die Umstände können es als gewollt ergeben. Hieraus erklären sich die scheinbar widersprechenden Entscheidungen der citirten Stellen. Anderes meint auch wohl kaum Dernburg a. a. O. S. 506—508. Vgl. noch Puchta §. 213. b.

[5] Vgl. Dernburg a. a. O. S. 504—506 Seuff. Arch. IX. 271.

[6] Dernburg a. a. O. S. 504.

[7] L. 12 §. 9 D. qui pot. 20. 4. In diesem Falle ist die Forderung, mit welcher sich das übergehende Pfandrecht bei dem Erwerber vereinigt, bereits vorhanden, in den beiden zuvor genannten entsteht sie neu.

[8] Aus dem einem Pfandrecht, welches vorhanden war, werden hier zwei Pfandrechte, in der gleichen Weise, wie dieß stattfindet, wenn ein Pfandgläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt.

[9] Diese Frage ist in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden; aber deßwegen ist es nicht weniger unzweifelhaft, daß sie beantwortet werden muß, wie im Texte geschehen ist. Der abgefundene Gläubiger behält nach der Regel (§. 226 Note 3) für den ihm nicht geleisteten Theil seiner Forderung die gleiche Pfandmacht, welche er für die volle Forderung hatte; die Berufung auf diese Regel kann ihm nicht durch eine Verhandlung seines Schuldners mit einem Dritten, welcher er vollkommen fremd geblieben ist, entzogen oder geschmälert werden. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 512—513, Seuffert Pand. I §. 202 Note 3; a. M. Bachofen S. 527 und Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 218 fg., welche Concurrenz des alten und des neuen Gläubigers annehmen. Eine Folgerung aus dem aufgestellten Satze ist es, daß, wenn Mehrere hintereinander die Mittel zur Befriedigung eines Pfandgläubigers hergeben, immer der Spätere dem Früheren vorgeht.

erlangt er den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber die rechtliche Stellung des abgefundenen Gläubigers[10].

4) Endlich hat jeder nachstehende Pfandgläubiger das Recht, durch Ausbezahlung eines vorgehenden dessen Pfandrecht ohne Weiteres an sich zu bringen[11]. Verweigert der vorgehende Pfandgläubiger die Annahme, so wird durch gerichtliche Deposition des Betrages die gleiche Wirkung erzielt[12]. Bei theilweiser Befriedigung des vorgehenden Gläubigers tritt das gleiche Rechtsverhältniß ein, wie in dem bei Num. 2 genannten Fall[13]. Das

---

[10] L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: — „nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget". L. 17 D. qui pot. 20. 4, l. 3 C. de his qui in prior. 8. 19. Von diesem Falle sind auch wohl die Worte der l. 3 D. quae res pign. 20. 3: „quo casu emtoris causa melior efficietur" zu verstehen. Es ist in diesem Fall nicht erforderlich, daß das Pfandrecht des Befriedigten noch besonders eingeräumt werde. Seuff. Arch. XIII. 310. Ueber die Bedeutung eines Pfandrechts an eigener Sache s. das Nähere unten §. 248 Num. 4. Vgl. noch Dernburg a. a. O. S. 514—517, Seuff. Arch. IX. 270.

[11] S. g. ius offerendi. L. 12 §. 6. 9 l. 16. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 5 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 C. de pign. 8. 14, l. 1. 5 C. qui pot. 8. 18, l. 4 C. de his qui in prior. 8. 19. Der nachstehende Pfandgläubiger hat das Recht, das Pfandrecht des vorgehenden ohne Weiteres an sich zu bringen; es ist nicht etwa eine Uebertragung von Seiten des vorgehenden erforderlich. Der Vortheil, welchen der nachstehende Pfandgläubiger von dieser Succession hat, besteht namentlich darin, daß er sein Pfandrecht gegen den Verkauf des vorgehenden schützt, welcher letztere natürlich bei dem Verkauf nur seine Interessen, nicht die des Nachpfandgläubigers befragen wird. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß der Nachpfandgläubiger durch Ausbezahlung des vorgehenden „confirmat pignus suum". — Ueber das ius offerendi ist außer den beim vorigen §. in Note 3 Citirten noch zu vergleichen Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 20 (1841). [Seuff. Arch. XXI. 109.]

[12] L. 1 C. qui pot. 8. 18. Es muß dem Gläubiger mit dem Betrage seiner Forderung auch der Betrag der aufgelaufenen Zinsen angeboten werden (l. 1 C. qui pot. 8. 18, l. 12 §. 6 l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 2. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 C. de pign. 8. 14), nicht aber auch der Betrag sonstiger chirographarischer Forderungen, wegen welcher der Gläubiger ein Retentionsrecht am Pfande hat (l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27, §. 234 Note 1). Eine Klage zur Geltendmachung des Ausbezahlungsrechts ist nicht nöthig bez. nicht zulässig: Seuff. Arch. VI. 160.

[13] Der vorgehende Pfandgläubiger, welcher von dem nachstehenden theil-

Ausbezahlungsrecht geht dem nachstehenden Gläubiger verloren, wenn er den vorgehenden bei Lebzeiten des Schuldners 40 Jahre lang, nach dessen Tode 30 Jahre lang in Besitz läßt[13a]. — Ein gleiches Recht, wie dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den vorgehenden, darf auch umgekehrt dem vorgehenden gegen den nachstehenden nicht versagt werden[14]. Dagegen hat ein solches Recht nicht derjenige, welcher gar nicht Pfandgläubiger ist. Wer, ohne nachstehender Pfandgläubiger zu sein, einen Pfandgläubiger befriedigt hat, erhält dadurch nicht dessen Pfandrecht, sondern es steht ihm nur gegen den Eigenthümer und die nachfolgenden Pfandgläubiger, deren Lage er dadurch verbessert hat, ein Ersatzanspruch nach dem Gesichtspunkt der Verwendung zu[15]. —

Uebrigens ist die juristische Natur der hier aufgezählten

---

weise Befriedigung annimmt, wozu er keine Verpflichtung hat, thut das, um seine Pfandsicherheit zu verbessern, nicht, um sie mit dem Abfindenden zu theilen. Es liegt also auch hier kein Grund vor, aus welchem ihm die Berufung auf die gesetzliche Regel (Note 9) versagt werden dürfte.

[13a] L. 7 §. 3 C. de praescr. XXX 7. 39.

[14] Diese Frage ist sehr bestritten. Für die Bejahung Glück XIX S. 355 und die das. Citirten, und aus der neueren Zeit: Müller Arch. f. civ. Pr. XI S. 386 fg. (1828) und ausführlicher civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1833), Bopp in Roßhirt's Zeitschrift I S. 375 fg. (1833), A. Thon das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers (Habilitationsschrift 1863), Schmid a. a. O. S. 311 fg., Dernburg a. a. O. S. 529 fg., Vangerow I §. 377 Anm. 1; für die Verneinung: Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 53. 54 (1828), Linde das. V S. 293 fg. und VI S. 215 fg. (1832. 1833), Fritz Erläuterungen I S. 526 fg. (1833, hier auch eine Uebersicht über die bis dahin erwachsene Literatur), Sintenis Pfandrecht S. 409—416 und gem. Civilr. I §. 73 Note 10, Bachofen S. 505—510. In der ersten Auflage dieses Lehrbuchs habe auch ich mich für die Verneinung ausgesprochen: ich möchte dieselbe gegenüber Paul. S. R. II. 13 §. 8 nicht mehr aufrechterhalten, einer Stelle, welche, wenn sie auch nicht der Justinianischen Compilation angehört, doch immerhin gebraucht werden darf, um den eigentlichen Gedanken der in dieselbe aufgenommenen Sätze festzustellen. Doch bleibt die Sache zweifelhaft, und in diesem Sinne spricht sich auch Dernburg aus. Kein Gewicht ist für die Bejahung auf l. 5 C. qui pot. 8. 18 zu legen. Dernburg a. a. O. S. 530.

[15] L. 29 D. fam. erc. 10. 2, l. 7 §. 12 D. comm. div. 10. 3, l. 12 §. 1 D. qui pot. 20. 4.

Fälle nicht unzweifelhaft, worüber das Nähere in der Note[16] bemerkt ist.

---

[16] Mit der hier vorgetragenen Auffassung, wonach in den genannten Fällen ein Uebergang des Pfandrechts ohne seine Forderung stattfindet, stimmt überein Brinz S. 292. 336. Dagegen läßt 1) die herrschende Meinung Uebergang des Pfandrechts ohne seine Forderung nur in dem ersten der genannten Fälle eintreten; in den übrigen läßt sie mit dem Pfandrecht zugleich seine Forderung, und das Pfandrecht nur auf Grund des Ueberganges der Forderung übergehen, vgl. namentlich Glück XIX S. 351 fg., Linde a. a. O. S. 291 fg., Mühlenbruch Cession S. 482—488, Puchta §. 213 (welcher Letztere sogar den Fall unter Nr. 1 nicht ausnimmt), Schmid a. a. O. (welcher im Falle Nr. 1 Fortdauer des alten Pfandrechts mit naturalis obligatio annimmt), Arndts §. 374 Anm. 1. 2) Umgekehrt ist Dernburg a. a. O. der Ansicht, daß in allen hierher gehörigen Fällen weder Forderung noch auch Pfandrecht übergehe, sondern daß in denselben ein neues Pfandrecht entstehe, welchem dann durch gesetzliche Vorschrift vielfach die gleiche juristische Stellung, und namentlich der Rang des untergegangenen, beigelegt werde. Für die drei ersten der hier genannten Fälle theilt auch Bachofen a. a. O. diese Ansicht, mit der Modification jedoch, daß er den Rang und die rechtlichen Vorzüge des abgetretenen Pfandrechts in dem neuen fortdauern läßt. Vgl. auch Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 56—61. — Die Sache liegt so, daß sich zu einem zweifellosen Resultat kaum wird gelangen lassen. Jedoch spricht gegen die herrschende Meinung, daß die Quellen von einem Uebergang der Forderung nirgends reden; daß, wenn die Forderung wirklich überginge, der abfindende Nachpfandgläubiger auch die sonstigen für die Forderung bestehenden Pfandrechte erhalten müßte, obgleich er doch für diese Nachpfandgläubiger nicht ist; endlich, daß nicht abzusehen ist, warum Uebergang eines Pfandrechts ohne seine Forderung nicht überhaupt möglich sein sollte, wenn er in Einem Fall wirklich eintritt. Für die herrschende Meinung darf angeführt werden, daß nach einem, wie es scheint, unabweisbaren Schluß aus l. 12 §. 6 D. qui pot. 20. 4 und l. 22 C. de pign. 8. 14 der ausbezahlende Nachpfandgläubiger ein Pfandrecht auch wegen der später erfallenden Zinsen der ausbezahlten Forderung hat. Aber man wird hier gegenüber den so eben bezeichneten Momenten sagen müssen, daß „remanet propter pignus naturalis obligatio" (s. §. 225 Num. 2). Nicht darf man sich für die herrschende Meinung auf l. 1 §. 11 D. de exerc. act. 14. 1, l. 2 D. de cess. bon. 42. 3, l. 24 §. 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 10 §. 1 D. quae in fr. cred. 42. 8 berufen; denn man würde das nur in dem Sinne thun dürfen, daß man aus diesen Stellen den allgemeinen Satz herleitete, daß überhaupt, wer einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dessen Forderungsrecht erwerbe, und s. gegen diesen Satz Note 4. Sondern die genannten Stellen lassen sich, wie mir scheint, in keiner andern Weise erklären, als durch die Annahme, daß hier durch gesetzliche Vorschrift einer Forderung eine

V. Inhalt des Pfandrechts.

Einleitung.

§. 233c.

Den Inhalt des Pfandrechts bilden die Befugnisse, welche dasselbe dem Pfandgläubiger gewährt. Diese sollen im Folgenden

---

gleiche Kraft beigelegt werde, wie sie eine untergegangene frühere hatte. Und dieß spricht denn entschieden für Dernburg's Auffassung. Es ist auch zuzugeben, daß gegen diese letztere Auffassung nicht die von den Quellen in Betreff der hypothekarischen Succession gebrauchten Ausdrücke: loco succedere, in locum succedere, in locum substitui, in pignus succedere, in ius succedere (Dernburg a. a. O. S. 492) geltend gemacht werden dürfen. Es ist keineswegs nothwendig, diese Ausdrücke von einem Eintreten in das identische Recht des Vorgängers zu verstehen; es ist möglich, daß sie nichts anderes sagen wollen, als daß der Nachfolger eine gleiche Rechtsstellung gewinne, wie der Vorgänger (vgl. l. 2 D. de cess. bon. 42. 3, l. 24 D. de pec. const. 13. 5, Gai. III. 7, Ulp. XXVI. 2, Dig. 38. 9 de successorio edicto, l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27). Von der anderen Seite, wenn wirklich das durch die s. g. hypothekarische Succession begründete Pfandrecht in aller und jeder Beziehung die gleiche juristische Stellung hätte, wie das zuvor dagewesene, könnte man die Frage, ob es das alte sei, oder ein neues, immerhin auf sich beruhen lassen, da ja der Begriff der Rechtsnachfolge nur darin seine Bedeutung hat, daß durch eine eingetretene Rechtsveränderung die vorhanden gewesene juristische Bestimmtheit nicht weiter aufgehoben wird, als die Veränderung reicht (§. 64 Note 1). Und das ist denn auch die einzige praktische Differenz zwischen der Ansicht Dernburg's und der hier vertretenen, daß nach der letzteren in Beziehung auf das Pfandrecht Alles so bleibt, wie es gewesen ist, nach der Ansicht Dernburg's aber, wenn ich ihn recht verstehe, nur der Rang und allenfalls die Begünstigung in Betreff des Verkaufsrechts (nach l. 3 D. quae res pign., s. a. a. O. S. 509. 510), es müßte denn ausdrücklich Weiteres ausgemacht sein. Ich muß nun gestehen, daß Dernburg das Argument, welches in dieser Beziehung in der genannten l. 3 D. quae res pign. gegen ihn liegt, mir auch durch die Erklärung, welche er jetzt von dieser Stelle gibt (vgl. Arch. S. 23. 24) nicht aus dem Wege geräumt zu haben scheint, und zu beachten ist doch auch l. 7 §. 5. 6 D. de reb. eor 27. 9, obgleich diese Stelle freilich keinen entscheidenden Beweis liefert (Dernburg a. a. O. S. 501. 502). Daß in den Fällen Num. 1. 2 Einwilligung des Eigenthümers erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandrechts; es ist ein sich von selbst aufdrängender Gedanke, daß über ein vacant werdendes Pfandrecht auch nur der Eigenthümer disponiren dürfe. Wenn ich in der ersten Auflage für entscheidend gegen Dernburg erklärt habe, daß derselbe sich genöthigt sehe,

dargestellt werden mit Zugrundelegung der Unterscheidung zwischen Pfandrecht an körperlichen und Pfandrecht an unkörperlichen Sachen. —

Das Pfandrecht ist von obligatorischen Verpflichtungen, sowohl des Pfandgläubigers als des Verpfänders, begleitet, in gleicher Weise wie Nießbrauch, Emphyteusis und Superficies von obligatorischen Verpflichtungen begleitet sind. Den Ausgangspunkt für die das Pfandrecht umgebenden obligatorischen Verpflichtungen bildet im römischen Recht der Fall der Hingabe einer Sache zum Faustpfand; später sind die für diesen Fall entwickelten Grundsätze auf andere Arten des vertragsmäßigen Pfandrechts, so wie auf nicht vertragsmäßige Pfandrechte, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, übertragen worden [1].

A. Inhalt des Pfandrechts an körperlichen Sachen.

1. Recht des Besitzes.

§. 234.

Dem Pfandgläubiger kann möglicherweise sogleich bei der Verpfändung die verpfändete Sache zum Besitz übergeben worden sein (Faustpfand). Ist dieß nicht der Fall, so kann er sich im Falle der Nichtbefriedigung in den Besitz derselben setzen. In dem einen und dem andern Falle braucht er die Sache dem Verpfänder nicht eher herauszugeben, bis er für die Pfandforderung befriedigt

beim ius offerendi eine (gesetzliche) Neubegründung eines Pfandrechts ohne Forderung anzunehmen, so halte ich das jetzt nicht mehr aufrecht; denn es wird dem Ausbezahlenden die actio negotiorum gestorum nicht versagt werden können (s. II §. 431 Note 12 und namentlich l. 3 C. de neg. gest. 2. 19). Jedenfalls aber hat Dernburg beim ius offerendi eine neue und bisher unbekannte Art gesetzlichen Pfandrechts. Denn wenn er jetzt auszuführen sucht (a. a. O. S. 518 fg.), daß die Ausbezahlung des Vorhypothekars durch den Nachhypothekar eine Erweiterung des nachstehenden Pfandrechts nach dem Gesichtspunkt der Verwendung bewirke (l. 7 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 C. de pign. 8. 14), so halte ich das in keiner Weise für zutreffend. Der Nachhypothekar zahlt nicht, um sein Pfandrecht in der demselben an und für sich zukommenden Kraft zu erhalten, sondern um demselben eine ihm an und für sich nicht zukommende Kraft neu zu erwerben.

[1] Vgl. II §. 381. Dernburg I S. 138—169. §. 233c.

worden ist. Aber auch nachdem er für die Pfandforderung befriedigt worden ist, hat er nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts dem verpfändenden Schuldner gegenüber noch ein Retentionsrecht für dasjenige, was derselbe ihm weiter ohne Pfand schuldig ist[1].

Ebenso wenig wie die Pfandsache, braucht der Gläubiger vor seiner Befriedigung die von der Pfandsache gezogenen Früchte herauszugeben. Da nun Früchte nicht zum Aufbewahren bestimmt sind, darf er dieselben auch verzehren[2], muß sich aber den Werth derselben zuerst auf die Zinsen, und dann auf das Kapital anrechnen[3]. Ist die Sache ihm zum Faustpfand gegeben, so kann

---

§. 234. [1] L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse 8. 27 (Gordianus III. a. 240). Dem verpfändenden Schuldner gegenüber: nicht gegenübrr dem nachstehenden Pfandgläubiger, was die Stelle ausdrücklich hervorhebt; aber auch nicht gegenüber dem Verpfänder, welcher für eine fremde Schuld verpfändet hat. Ueber diese und andere Fragen, zu denen die Stelle Veranlassung gegeben hat, s. Glück XV S. 130 fg., Fritz Erläuterungen I S. 290—295, Sintenis Pfandr. S. 243—246, Schenck die Lehre vom Retentionsrecht (1837) §. 71. 92, Vangerow I §. 382 Anm., Dernburg II S. 94—107, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 102 fg. Seuff. Arch. XIX 128.

[2] Andere geben dem Pfandgläubiger Eigenthum an den Früchten, so namentlich Dernburg II S. 71 fg., ferner Bachofen Nr. V und Böcking §. 151 Note 17 (die Letzteren indem sie den Pfandgläubiger als b. f. possessor ansehen, hiergegen Keller Rec. S. 1001 fg., Dernburg a. a. O.).

[3] L. 1—3. 12 C. de pign. act. 4. 24, l. 11 C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de partu pign. 8. 25, l. 1 C. de distr. pign. 8. 28, l. 23 pr. D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4. Von der anderen Seite ist der Gläubiger auch verpflichtet, die Interessen des Schuldners in Betreff der Fruchtziehung zu wahren; daher die Anrechnung auch dann geschieht, wenn er durch seine Schuld keine Früchte gezogen hat, l. 3 C. de pign. act., l. 2 C. de partu pign. — Wie ist es, wenn der Pfandgläubiger in anderer Weise, als durch Verzehren von Früchten aus der Pfandsache einen Gewinn zieht, muß er auch diesen sich anrechnen bez. herausgeben? S. l. 21 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 22 pr. §. 1 D. de pign. act. 13. 7 (l. 15 pr. D. de furt. 47. 2, l. 79 eod., l. 74 D. de sol. 46. 3, l. 46 D. de R. I. 50. 17), und Dernburg I S. 142—151. — Es kann übrigens bei der Verpfändung sowohl ausgemacht werden als stillschweigend verstanden sein, daß der Gläubiger das Pfand nicht solle benützen dürfen; in diesem Falle macht er sich, wenn er es dennoch thut, der Entwendung (furtum) schuldig, l. 54 pr. D. de furtis 47. 2, §. 6 I. de obl. quae ex del. 4. 1; vgl. l. 6

er aus den Früchten Zinsen entnehmen auch ohne daß dieselben ihm versprochen worden sind[4]. Es kann auch ausgemacht werden, daß die Früchte statt der Zinsen dienen sollen[5], in welchem Falle die Bestimmungen über das erlaubte Zinsmaß, wenn nicht offenbarer Zinswucher vorliegt, keine Anwendung finden[6].

§. 235*.

Gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz der Pfandsache vorenthält, steht dem Pfandgläubiger ein Anspruch auf Grund seines Rechts an der Sache, also ein dinglicher Anspruch, und

---

§. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 §. 2 D. de suppell. leg. 33. 10. — Ueber das Ganze s. Dernburg II S. 67—73. [Göppert die organischen Erzeugnisse S. 371 fg.]

[4] L. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2. „Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere". Es hat von jeher nicht an Versuchen gefehlt, die l. 8 cit. zu beseitigen, der letzte ist von Stephan Arch. f. civ. Pr. XXX. 14 (1847). S. dagegen Vangerow I §. 384 Anm. 2, Dernburg II §. 89.

[5] Dafür war bei den Römern der Ausdruck antichresis gebräuchlich. (In dem in der vorigen Note bezeichneten Fall sprechen die Neueren von einer antichresis tacita). Vgl. über dieses Rechtsverhältniß Sintenis S. 261 fg., Dernburg II §. 91; Glück XIV S. 104 fg. [Göppert a. a. O. S. 296.] Aelteres deutsches Recht: Meibom S. 341 fg. — Es scheint, daß man in der römischen Jurisprudenz verschiedener Meinung darüber war, ob der Ausdruck pignus die antichresis mit umfasse, und ob daher nicht die Formel der actio hypothecaria und pignoraticia besonders eingerichtet werden müsse, um den Judex zu befähigen, über ein solches Rechtsverhältniß zu erkennen; daher l. 33 D. de pign. act. 13. 7, l. 11 §. 1 D. de pign. 20. 1. Andere beziehen die letztere Stelle auf eine Antichresis ohne Verpfändung, so namentlich Glück S 108 fg., Dernburg II S. 92.

[6] L. 17 C. de usur. 4. 32. „Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt". Vgl. l. 14 C. eod. „Propter incertum fructuum proventum" — in allen Fällen daher, wo man darüber gar nicht verschiedener Meinung sein kann, daß der Gläubiger nicht in einem oder dem andern Jahre, sondern bleibend mehr bezieht, als das gesetzliche Zinsmaß beträgt, muß er den Ueberschuß dem Schuldner herausgeben oder verrechnen. Vgl. außer den Genannten Seuffert Erörterungen II S. 105 fg., Vangerow I §. 384 Anm. 2, Holzschuher II §. 125 Nr. 10.

* Sintenis §. 59, Dernburg II §. 126—134. Glück XVIII S. 309—392.

bei Verweigerung der Befriedigung desselben eine dingliche Klage zu (§. 122)[1]. Hierüber ist folgendes Nähere zu bemerken.

1) Fälligkeit der Schuld ist nicht unumgängliche Voraussetzung des Pfandanspruchs und der Pfandklage. Einmal dann nicht, wenn es sich um eine zum Faustpfand gegebene Sache handelt, gemäß des in einer solchen Verpfändung ausgesprochenen Willens des Eigenthümers; und sodann kann auch bei anderen Pfändern vor der Fälligkeit der Schuld Herausgabe verlangt werden, wenn das Interesse des Gläubigers es erfordert[2]. Nicht das Gleiche gilt, wenn die Pfandschuld eine bedingte ist, während bei bedingter Verpfändung wenigstens Sicherstellung begehrt werden kann[3].

---

§. 235. [1] Actio Serviana, quasi Serviana, utilis Serviana, hypothecaria, pignoraticia (in rem). Eine prätorische Klage (l. 17 §. 2 D. de pact. 2. 14), ursprünglich aufgestellt, als Serviana actio, für den Fall, wo der Pächter das auf das gepachtete Grundstück Eingebrachte verpfändet hatte, später, als actio quasi Serviana, oder utilis Serviana, ausgedehnt auf alle anderen Fälle des Pfandrechts, aber auch in dieser Ausdehnung sehr gewöhnlich actio Serviana schlechthin genannt. S. §. 7 I. de act. 4. 6 und die bei Bachofen S. 28—30 citirten Stellen. Sie ist eine in rem actio, eine vindicatio, petitio, und zwar rei, nicht iuris, §. 31 I. de act. 4. 6, l. 18 C. de pign. 8. 14, l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 16 D. de serv. 8. 1. Bachofen S. 30. 31, Dernburg II S. 289. 290. Ueber die Geschichte und die Formel der Serviana actio s. namentlich Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 168, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 226 fg., Bachofen Nr. II und S. 637, Keller Rec. S. 972 fg., Dernburg I §. 6. 7, Scheurl Rec. S. 429, A. Thon Zeitschr. f. RGesch. II S. 262 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 97 fg.

[2] L. 14 pr. D. de pign. 20. 1. „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit". Der Richter kann sich nach der freien, ihm bei der Pfandklage eingeräumten Stellung (actio arbitraria) auch damit begnügen, Bestellung einer Caution zu verfügen; Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 165 will nur eine Klage auf Caution gestatten. Andere (Glück XVIII S. 327, Sintenis S. 54, Leist bon. possessio I S. 377) verstehen die l. 14 pr. cit. nur von dem Falle des Faustpfands; noch Andere (Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 217, Bachofen S. 13 Note 8) sehen in derselben eine Eigenthümlichkeit des interdictum Salvianum. Dawider Keller Rec. S. 967 fg., Dernburg II S. 299, Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 376 fg. Ueber l. 10 C. de pign. 8. 14 s. Huschke a. a. O. S. 164, Bachofen S. 179, Dernburg II S. 377 fg. — Seuff. Arch. VI. 159, XI. 215.

[3] L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1. Die Formel verlangte Verpfändung

2) Abgefordert werden kann die Sache von jedem Besitzer[4], Verpfänder oder Drittem[5]. Ueber das nähere entscheiden die Grundsätze von dem Eigenthumsanspruch und der Eigenthumsklage (§. 196 Num. 2. 3)[6].

3) Auch in Betreff des Inhalts des Pfandanspruchs und der aus demselben erfolgenden Verurtheilung gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie beim Eigenthum (§. 193. 194)[7]. Nur

für eine Schuld. Von einer bedingten Verpfändung konnte man immerhin sagen, sie sei Verpfändung; ebenso von einer befristeten Schuld, sie sei Schuld, (§. 96 Note 5). Aber man konnte nicht auch von einer bedingteu Schuld sagen, daß sie Schuld sei (§. 89 Note 1). Vgl. überhaupt Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 146—148. 163—172. Dernburg II S. 299 glaubt, auch im Falle bedingter Schuld sei actio utilis gegeben worden, was sich in der Sache sehr empfiehlt, aber schlecht zu l. 13 §. 5 cit. paßt.

[4] L. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1. Seuff. Arch. III. 150.

[5] Der Dritte kann auch der Eigenthümer sein; wer das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, erwirbt es „cum sua causa". L. 18 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 15 C. de pign. 8. 14, l. 10 C. de rem. pign. 8. 26, l. 12 C. de distr. pign. 8. 28. Nichtig ist die Veräußerung der Pfandsache, wenn sie durch Vertrag verboten ist (§. 172a Note 8), und in der Veräußerung einer verpfändeten beweglichen Sache, um sie dem Gläubiger zu entziehen, liegt eine Entwendung (furtum), welche jedoch den Eigenthumserwerb auf Seite des redlichen Empfängers nicht ausschließt. L. 19 §. 6 l. 61 §. 8 l. 66 pr. D. de furt. 47. 2, l. 36 D. de nox. act. 9. 4, Nov. 112 c. 1. Fritz Erläuterungen I S. 495—496, Vangerow I §. 384 Anm. 1, Dernburg II S. 6—10. (Heutzutage unpraktische Beschränkungen des Veräußerungsrechts des Eigenthümers: l. 3 D. de manum. 40. 1, l. 3 C. de servo pign. dato 7. 8, l. 29 D. qui et a quib. 40. 9; l. 2 §. 9 D. de relig. 11. 7. Dernburg II S. 12—19).

[6] Die actio hypothecaria ist petitio rei, und ausdrücklich anerkannt ist in den Quellen, daß sie auch gegen denjenigen gehe, „qui dolo desiit possidere", l. 16 §. 3 cit. Hiernach ist es keiner Frage unterworfen, daß namentlich auch in Betreff der Verhaftung desjenigen, welcher ohne Arglist den Besitz verloren, sowie desjenigen, welcher, ohne zu besitzen, sich arglistiger Weise in den Proceß eingelassen hat, die Regeln von der rei vindicatio maßgebend sind. Vgl. überhaupt Dernburg II S. 291—294.

[7] Aus l. 16 §. 3 cit. geht im Besonderen hervor, daß gegen denjenigen, welcher in Folge seiner Arglist nicht mehr besitzt, das Interesse durch Eid bestimmt werden kann. — Erfolgt der Pfandverkauf, wie heutzutage regelmäßig bei unbeweglichen Sachen (§. 237 Note 11a), durch den Richter, so wird der Pfandgläubiger häufig kein Interesse haben, Herausgabe der Pfandsache zu verlangen; er trägt dann nur darauf an, das Gericht möge sein Pfandrecht anerkennen, die Stellung der Pfandsache zum öffentlichen Verkaufverfahren verordnen, und

werden, wenn es zur Geldcondemnation kommt, der Schuldner, der nachstehende Pfandgläubiger, und jeder Besitzer, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, nie auf Mehr verurtheilt, als auf den Betrag der Schuld[8]; und was die Früchte angeht[9], so wird a) auf dieselben überhaupt nur dann verurtheilt, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht[10]; b) auf diejenigen, welche vor dem Beginne des Processes gezogen sind, auch unter dieser Voraussetzung nur dann, wenn sie zur Zeit des Beginnes des Processes noch vorhanden waren[11], und bei ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders gelangt sind[12].

---

den Beklagten zur Herausgabe der Pfandsache an den künftigen Erwerber verurtheilen. Vgl. Dernburg II §. 129. — Ueber Beweisfragen s. dens. II §. 130.

[8] Dieß sagt für den Schuldner l. 21 §. 3 D. de pign. 20. 1. L. 16 §. 6 eod. ist jedenfalls im Zusammenhange der Justinianischen Compilation von dem Falle zu verstehen, wo der Schuldner durch ein Versehen des Richters auf Mehr als den Betrag seiner Schuld verurtheilt worden ist; der Verfasser der Stelle aber war wohl überhaupt abweichender Meinung (s. auch §. 3 eod.). Der Grund, weßwegen der Schuldner nicht auf Mehr, als den Betrag seiner Schuld verurtheilt wird, ist, weil der Gläubiger ihm das Mehr doch herausgeben müßte. Daraus folgt von selbst, daß das Gleiche für den nachstehenden Pfandgläubiger gelten muß, und auch die Gleichstellung des dritten Besitzers, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Mehr, welches von ihm gefordert wird, indirect vom Schuldner gefordert wird. Vgl. noch Dernburg II S. 315—317.

[9] Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 273 fg., Francke Arch. f. civ. Pr. XXX S. 189 fg., Vangerow I §. 370 Anm. Nr. II., Jancke in der §. 226a Note 9 citirten Schrift S. 260 fg., Dernburg II S. 318—320. [Göppert die organischen Erzeugnisse S. 392 fg., Hartmann krit. VJSchr. XI S. 508.]

[10] L. 16 §. 4 D. de pign. 20. 1: — „quid enim si minoris sit praedium, quam debetur?". Francke a. a. O. S. 193 will dieß auf die zuvor genannten Personen beschränken.

[11] L. 16 §. 4 cit.: „nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit". Francke a. a. O. S. 192 will den bösgläubigen Besitzer auch für die nicht mehr vorhandenen Früchte nach den Grundsätzen von der Eigenthumsklage haften lassen. Dagegen Vangerow a. a. O. S. 829.

[12] Denn sonst sind sie dem Pfandrechte gar nicht unterworfen (§. 226a Note 11). Die nach dem Beginne des Processes gezogenen Früchte müssen,

4) Einen Gegenanspruch wegen Verwendungen[13] hat der Schuldner nie[14], der Eigenthümer der Pfandsache, welcher nicht Schuldner ist, nur wegen solcher Verwendungen, durch welche der Verkaufswerth[14a] der Sache jetzt noch erhöht ist[15], jeder Dritte nach den beim Eigenthum geltenden Grundsätzen (§. 195)[16].

---

auch wenn sie in das Eigenthum des besitzenden Dritten gelangt sind, nach dem Grundsatz herausgegeben werden, daß die Dauer des Processes dem Beklagten nicht zum Vortheil gereichen soll (§. 124). L. 16 §. 4 D. cit.: — „ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet". — Dernburg S. 320 will die Verurtheilung auch auf die nicht in das Pfandrecht gefallenen Früchte erstreckt wissen, mit Beschränkung jedoch auf die nach der Fälligkeit der Forderung gezogenen. Dernburg meint, der Kläger könne sagen, der Besitzer verdanke es nur seiner Nachsicht, daß er diese Früchte nicht nach dem Processe gezogen habe. Aber nicht nur scheint mir dieses Argument von zweifelhaftem Werth, sondern auch die Voraussetzung, die Stelle habe den gewöhnlichen Fall des beklagten Verpfänders im Auge, viel näher zu liegen, als die von Dernburg gemachte (Fruchtgewinn nach Fälligkeit der Forderung).

[13] Hierüber eine besondere Abhandlung von Burchardi Arch. f. civ Pr. XX. 6 (1837). Dernburg II §. 139. 140. S. auch Großkopf zur Lehre vom Retentionsrecht (1858) S. 40—44. 114—116.

[14] Denn reichte die Sache nach Abzug der Verwendungen zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin, so müßte er dennoch nachzahlen; gewährt sie, wie sie ist, einen Ueberschuß, so bekommt er denselben ohnehin zurück.

[14a] Vgl. Dernburg a. a. O. S. 355—356.

[15] Er hat also nicht nur keinen Anspruch wegen der s. g. impensae voluptuariae, was allgemeinen Grundsätzen gemäß ist (§. 195 Note 10. 11), sondern auch keinen wegen der nothwendigen Verwendungen (nothwendige Verwendungen erhalten nur die Sache, aber steigern nicht ihren Werth). Denn derjenige, dem er durch diese Verwendungen die Sache erhalten hat, ist in erster Linie er selbst. Bewiesen wird der hier aufgestellte Satz durch l. 44 §. 1 D. de damno inf. 39. 2, wo übrigens eine Ausnahme für denjenigen gemacht wird, welcher ein ihm Schaden drohendes Gebäude reparirt, dessen Eigenthum ihm wegen verweigerter cautio damni zugesprochen wird. Daß der Eigenthümer einen Anspruch auf Ersatz der werthsteigernden Verwendungen hat, sagt l. 29 §. 2 D. de pign. 20. 1 (wo die bonae fidei possessio nicht etwa von einem Nichtkennen des Pfandrechts verstanden werden darf). Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff des Verhältnisses der genannten beiden Stellen und der aus ihnen zu entwickelnden Rechtssätze s. Dernburg a. a. O. S. 359—363. Aus der Praxis: Seuff. Arch. IX. 11, XI. 127.

[16] L. 29 §. 2 cit. i. f.

5) In Betreff der Einreden gilt hier folgendes Besondere.

a) Der Pfandanspruch unterliegt denselben Einreden, wie die durch das Pfandrecht versicherte Forderung: nur können dritte Besitzer (Besitzer außer dem Schuldner) nicht solche Einreden entgegensetzen, welche höchst persönlicher Natur sind, sie müßten denn einen Rückgriff gegen den Schuldner haben (§. 225 Note 3).

b) Jeder Besitzer gewinnt dadurch eine Einrede gegen den Pfandanspruch, daß er sich bereit erklärt, den Gläubiger für seine Forderung zu befriedigen[17]. Ist er rechtmäßiger Besitzer, so kann er zugleich verlangen, daß der Gläubiger ihm gegen Befriedigung seine Forderung und deren Accessionen abtrete[18].

c) Dritte Besitzer können verlangen, daß der Gläubiger seine Befriedigung zuerst bei dem Schuldner und dessen Bürgen suche[19].

---

[17] L. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l 16 §. 3 D. de pign. 20. 1, l. 11 §. 4 D. qui pot. 20. 4, vgl. l. 16 §. 6 D. de pign. 20. 1. Die Befriedigung kann auch durch Compensation geschehen: Seuff. Arch. XIV. 20. Im Allgemeinen: Bachofen S. 501—504, Dernburg II §. 131.

[18] L. 19 D. qui pot. 20. 4. Die Forderung geht aber auch ohne Abtretung über (§. 233 a Note 1). Ueber Näheres s. Dernburg II §. 141; auch Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 167 fg.

[19] S. g. exceptio excussionis personalis, eingeführt in Nov. 4 c. 2. Früheres Recht: l. 19 D. qui pot. 20. 4, l. 14. 24 C. de pign. 8. 14, l. ult. C. de O. et A. 4. 10; s. aber auch l. 47 D. de I. F. 49. 14, l. 1 C. de conven., fisci debitoribus 10. 2, l. 10 C. de pign. 8. 14 (Dernburg II S. 376—378). Gegen die Ansicht (Löhr Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 6—12, s. außerdem die bei Glück XVIII S. 372 Citirten), daß durch Nov. 112 c. 1 diese Einrede für den Fall eines vom Eigenthümer veräußerten Specialpfandes wieder aufgehoben worden sei, s. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 189—194, Busch das. XXXI S. 20—25, Vangerow I §. 389 Anm. 2 lit. b, Seuff. Arch. VII. 11; für diese Ansicht neuerdings wieder Dernburg II S. 380. Nach der gewöhnlichen Annahme soll die Einrede wegfallen, wenn der Gläubiger den Besitz der Pfandsache bereits gehabt und zufällig wieder verloren habe; dagegen Löhr a. a. O. S. 5, dafür neuerdings Dernburg II S. 382. Gewiß fällt sie weg, wenn die Insolvenz des Hauptschuldners und des Bürgen notorisch, oder eine Klage gegen sie gar nicht begründet ist. Vgl. II §. 478 Num. 3. 4. Dernburg II S. 384. [Seuff. Arch. XIII. 85, XXI. 110.] Auch im Fall des Concurses des Hauptschuldners und des Bürgen fällt sie weg, obgleich dieß sehr bestritten ist. S. II §. 478 Num. 2 und die daselbst

d) Dritte Besitzer eines für eine Bürgschaftsobligation haftenden Pfandes können den Gläubiger nicht bloß auf den Bürgen und dessen Afterbürgen, sondern auch auf seine Forderung gegen den Hauptschuldner und die für diese haftenden Pfänder verweisen[20].

e) Eine Verweisung auf andere, ihm für dieselbe Forderung haftende Pfänder[21] braucht der Gläubiger, wenn ihm keine Chicane zur Last fällt[22], sich nicht gefallen zu lassen[23], es müßte denn ein dahin zielendes Abkommen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein[24]. Auf ein solches Abkommen kann

---

citirten Schriftsteller und Erkenntnisse, außerdem noch Seuff. Arch. [XXI. 111]. Ist der Schuldner oder dessen Bürge abwesend, so ist durch den Richter dem Pfandbesitzer eine Frist zu bestimmen, um denselben zu stellen, widrigenfalls die Klage gegen ihn ihren Fortgang hat, Nov. 4 c. 1; a. M. Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 392—397, gegen denselben Löhr Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 3—5, Dernburg II S. 385. Ueber Anderes vgl. noch Knorr a. a. O. S. 194 fg., Seuffert §. 225 Note 1a, Dernburg II §. 144. Seuff. Arch. VII. 12. 157. 278.

[20] Auch dieß ist in der Nov. 4 c. 2 vorgeschrieben. Man spricht auch hier von einer exceptio excussionis personalis.

[21] S. g. exceptio excussionis realis. Vgl. darüber vor Allem den Aufsatz von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII. 1 (1834). Ferner: Hepp das. IX. 19, Zimmern Zeitschr. f. Civ. und Pr. I S. 47—49, Schröter das. I S. 327—336, Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 32 fg. 352 fg. Dernburg II §. 142. Glück XVIII S. 235 fg.; Brinz S. 341, Vangerow I §. 389 Anm. 2. a.

[22] S. §. 121 Note 3. Zu weit geht Guyet Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 368—372. [Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 329.]

[23] L. 8 D. de distr. pign. 20. 5, l. 2 D. qui pot. 20. 4.

[24] Dieses Abkommen ist nicht so zu denken, daß erst dann die besessene Sache verpfändet sein solle, wenn eine andere dem Gläubiger keine Befriedigung gewähren sollte; denn in diesem Falle (von welchem l. 2 D. qui pot. 20. 4 handelt, vgl. darüber Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII S. 6 fg., Dernburg II S. 371) würde bis zur Erfüllung dieser Bedingung der Pfandanspruch auch an sich nicht begründet sein. Sondern es ist so zu denken, daß das Pfandrecht an den mehreren verpfändeten Sachen in einer gewissen Weise ausgeübt werden solle. Ein stillschweigendes Abkommen dieser letzteren Art kann namentlich liegen in der gleichzeitigen Verpfändung specieller Sachen und des gesammten Vermögens. Von diesem Falle handelt l. 2 C. de pign. 8. 14 und wohl auch l. 9 C. de distr. pign. 8. 28.

sich auch der dritte Besitzer, welcher sein Recht zu besitzen von dem Verpfänder herleitet, berufen[25].

f) Dem Pfandanspruch kann einredeweise, wie jedes andere dingliche Recht an der Sache, so auch ein Pfandrecht, vorgehendes oder nur gleiches, entgegengesetzt werden[26].

g) Der Pfandanspruch verjährt gegen den Schuldner (Verpfänder) und dessen Erben, so wie gegen den nachstehenden Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners (Verpfänders) erst in 40 Jahren[27].

§. 236.

Der bisher betrachtete dingliche Pfandanspruch ist nicht der einzige Anspruch, mit welchem Herausgabe des Besitzes der Pfand-

---

[25] L. 2 C. de pign. cit. Diese Stelle nennt nur den nachstehenden Pfandgläubiger; aber sie ist ein Rescript, und es ist nicht abzusehen, warum gerade dieser eine bevorzugte Stellung verdienen sollte. Andere, welche die Entscheidung dieser Stelle nicht, wie hier geschehen, auf einen stillschweigenden Vertrag zurückführen, sondern in derselben eine positive Verfügung erblicken (so auch neuerdings Dernburg a. a. O.), wollen sie deßwegen auch nicht über den Pfandgläubiger, oder nicht über den Pfandgläubiger und den Eigenthümer und dessen Rechtsnachfolger hinaus erstreckt wissen; — man müßte die Consequenz leugnen, selbst wenn der Ausgangspunkt richtig wäre (§. 29 Note 3). Eine Singularität liegt in der Entscheidung der Stelle auch nach der hier vertretenen Auffassung insofern, als die Berufung auf einen bloß obligatorischen Vertrag auch Personen gestattet wird, welche nicht Gesammtnachfolger sind.

[26] L. 10 D. de pign. 20. 1, l. 12 pr. §. 7 D. qui pot. 20. 4. Es kann aber der Besitzer sich auf kein Pfandrecht aus der Person desjenigen, von welchem auch der Kläger sein Pfandrecht herleitet, berufen, wenn er das Eigenthum desselben bestritten hat und ihm dieses Eigenthum nachgewiesen worden ist; er muß die Sache herausgeben, und es bleibt ihm überlassen, wenn er sich ein besseres Pfandrecht zuschreibt, dasselbe klageweise zu verfolgen. Dieß sagt Nov. 18 c. 10 (sie sagt nicht bloß dieß [vgl §. 197 Note 1], obgleich sie von Auth. *Item possessor* C. qui pot. 8. 18 nur in diesem Sinne verstanden worden ist). Nach dem heutigen Proceßrecht nimmt die Vorschrift der Novelle den Ausdruck an, daß der Beklagte nicht das Eigenthum des Rechtsurhebers des Klägers bestreiten und zu gleicher Zeit aus der Person desselben ein Pfandrecht für sich in Anspruch nehmen dürfe. S. die citirte Note 1 zu §. 197.

[27] L. 7 pr. — §. 2 D. de praescr. XXX 7. 39. Unterholzner Verjährungslehre II S. 271—273, Arndts §. 390 Anm. 3, Dernburg II S. 604—606. Seuff. Arch. VI. 161.

sache verlangt werden kann. Der vertragsmäßige Pfandgläubiger hat gegenüber dem anderen Contrahenten auch einen persönlichen Anspruch aus dem abgeschlossenen Vertrag[1], und der Pfandgläubiger, welcher einmal im Besitze gewesen ist, genießt im Falle des Verlustes des Besitzes denselben Schutz, wie der Besitzer in eigenem Namen[2].

Selbsthülfe ist beim Pfandrecht verboten, wie überall[3]. Es kann aber der Vermiether den Miether an der Wegbringung der in den gemietheten Raum eingebrachten Sachen verhindern[4], und bloß provisorischen Besitz, ohne daß damit die Frage nach seinem Rechte definitiv erledigt wäre, kann jeder Pfandgläubiger schon auf bloß summarische Cognition hin erlangen, wenigstens gegen den Verpfänder[5].

---

[1] L. 3. 22 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Diese Stellen handeln nur vom Faustpfandgläubiger. Aber ohne allen Zweifel liegt in jeder Pfandbestellung auch die Uebernahme der persönlichen Pflicht zu den dem Pfandrechte entsprechenden Leistungen, und nach heutigem Recht bedarf der obligatorische Vertrag zur vollen Wirksamkeit nicht mehr einer Form oder ihres Ersatzes. Dernburg I S. 167—169. §. 236.

[2] S. §. 154 Note 3.

[3] Paul. S. R. II. 14 §. 5, l. 2 §. 18 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 3 C. de pign. 8. 14, vgl. l. 11 C. de pign. act. 4. 24. Dernburg II §. 134, vgl. auch §. 135.

[4] L. 9 D. ex quib. caus. pign. 20. 2, l. 33. 34 D. de damno inf. 39. 2. Nach Befriedigung des Vermiethers wird dem Miether gegen die Verhinderung desselben richterliche Hilfe gewährt (interdictum de migrando, Dig. 43. 32); ebenso in Betreff der Sachen, die gar nicht „pignoris nomine inducta sunt" (l. 1 §. 5 D. tit. cit.). Vgl. Dernburg II §. 136; auch Schwarze und Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien S. 127 fg. Dernburg will das gleiche Recht auch dem Verpächter geben, auf Grund eines wie mir scheint unbegründeten Schlusses aus l. 5 C. in quib. caus. pign. 8. 15.

[5] So hat die Praxis von jeher das römische interdictum Salvianum (Dig. 43. 33, Cod. 8. 9) verstanden; ob auch das römische Recht demselben nur provisorische Bedeutung zugeschrieben habe, ist bestritten, und muß dahin gestellt bleiben. Feststeht nur, daß für das Salvianum bloß der Nachweis der Thatsache der Verpfändung (der Einbringung pignoris nomine?), nicht auch der Nachweis des Eigenthums des Verpfänders erforderlich war, Gai. IV 147, §. 3 I. de interd. 4. 15, l. 1. 2 D. h. t. Ueberhaupt ist über das Salvianum viel Streit, so namentlich darüber, ob es nur dem Verpächter zustehe (für welchen es, wie die Serviana actio, ursprünglich eingeführt worden ist,

2. Recht des Verkaufes*.

§. 237.

Dasjenige Recht, welches dem Gläubiger auf dem geradesten und sichersten Wege zu seiner Befriedigung verhilft, und welches daher den hauptsächlichsten Inhalt des Pfandrechts bildet, ist das Verkaufsrecht[1].

Gai. IV. 147, §. 3 I. de interd. 4. 15), oder ob es in gleicher Weise wie die Serviana actio später eine Ausdehnung auf andere Pfandgläubiger erfahren habe? Die angeführten Stellen widersprechen der Ausdehnung doch nicht direct, und für dieselbe sind Paul. S. R. V. 6 §. 16, l. 1 C. h. t. Eine andere viel verhandelte Frage ist die, ob das Salvianum nur gegen den Verpfänder gehe, oder auch gegen Dritte. Für Jenes l. 1 C. h. t., für Dieses l. 1 pr. §. 1 D. h. t. (Theoph. ad §. 3 I. de interd.). Wenn es nicht noch gelingt, einen Vereinigungsversuch zu finden, welcher mehr befriedigt, als die bisher aufgestellten (Dernburg II S. 344 will l. 1 C. cit. aus der Unterstellung einjähriger Verjährung des Interdicts in seiner Richtung gegen Dritte erklären), so wird nichts übrig bleiben, als zu sagen, daß die genannten Stellen sich gegenseitig aufheben, und daß daher für die Geltung des Salvianum gegen dritte Personen kein Zeugniß vorliegt, — gegen den Verpfänder muß man es gewähren, wenn es überhaupt irgend welche Anwendung finden soll. — Literatur des Salvianum: Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 54—56 und Arch. f. civ. Pr. XI. 15 (1828), Thibaut das. XI. 7 (1828), Huschke Studien I. 4 (1830), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 209—225. 237—245 (1846), Bachofen S. 12—17, Keller Rec.-S. 966—972. 977—981, Dernburg I S. 55—61. II S. 338—351; Fritz Erläuterungen I S. 538 fg., Brinz S. 306—308. 333—334, Vangerow I §. 390 Anm.

* Dig. 20. 5 de distractione pignorum et hypothecarum. Cod. 8. 28 de distractione pignorum. — Sintenis §. 54—57, Bachofen Nr. VI—VIII, Dernburg II S. 95—124. Glück XIX S. 382—409.

§. 237. [1] Nach früherem römischen Recht stand das Verkaufsrecht dem Pfandgläubiger nicht schon kraft der Verpfändung an sich, sondern nur kraft besonderer Einräumung zu. Aber schon zur Zeit des Ulpian war es geltendes Recht, daß die Verpfändung als solche das Verkaufsrecht gebe. Ja nach dem neuesten Rechte (Note 5) schließt selbst eine ausdrückliche Verabredung, daß nicht solle verkauft werden dürfen, als mit dem Verpfändungswillen in Widerspruch stehend, das Verkaufsrecht nicht mehr aus. Gai. II. 64, l. 8 §. 4 D. de pign. act. 13 7, l. 75 D de furtis 47. 2, l. 3 D. quae res pign. 20. 4, l. 4 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 §. 10 D. qui pot. 20. 4, l. 4 D. de pign. act. 13. 7. Ueber die Geschichte des Pfandverkaufs s. Bachofen Nr. VI Dernburg I §. 8.

1) Die Voraussetzungen des Verkaufsrechts sind: a) Nichtbefriedigung des Gläubigers[2]; b) Fälligkeit der Schuld[3]; c) Anzeige an den Schuldner, daß mit dem Verkaufe werde verfahren werden, wenn nicht Befriedigung erfolge[4]. Diese Anzeige muß, wenn ausgemacht worden ist, daß nicht solle verkauft werden dürfen, dreimal wiederholt werden[5]; sie braucht gar nicht zu ge-

---

[2] Verweigert der Gläubiger die Annahme, so muß der Schuldner deponiren, l. 2 C. deb. vend. 8. 29, l. 8 C. h. t. L. 5 eod., welche bloß vom Anbieten spricht, setzt Deposition voraus. S. auch l. 19 C. de usur. 4. 32. Vgl. Fritz Erläuterungen I S. 464—466, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 3, Dernburg II S. 126—128. A. M. Mommsen Beiträge III S. 290. Die abweichende Meinung von Brinz S. 354. 355 kommt darauf hinaus, daß das bloße Anerbieten dem Gläubiger die Verkaufsbefugniß dann nehme, wenn derselbe das Anerbieten, ohne seine Richtigkeit oder Vollständigkeit zu prüfen oder zu bestreiten, einfach abgewiesen habe.

[3] L. 4 D. h. t., l. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Vgl. jedoch in Betreff dieser Stellen auch Dernburg II S. 121. — Bei einer in verschiedenen Terminen fälligen Forderung kann nach Fälligkeit des ersten Termines verkauft werden, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht ist. L. 8 §. 3 D de pign. act. 13. 7; Dernburg II S. 119 fg. und die das. Citirten. — Daß der Schuldner auch in Verzug sein müsse, d. h. daß ihm aus der Nichtbefriedigung ein Vorwurf gemacht werden könne, wird in den Quellen nirgends verlangt. Vgl. über diese Frage Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 354—359, Fritz Erläuter. I S. 459—464, Bachofen S. 640—647, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 3, welche Schriftsteller sämmtlich das Erforderniß des Verzugs bestreiten, und Müller civ. Abh. I S. 104—106, welcher dafür ist. Wenn sich jetzt auch Dernburg II S. 122 fg. für das Erforderniß des Verzugs ausspricht, so thut er das nur in dem Sinne, daß er die in der folgenden Note erwähnte Anzeige an den Schuldner für nothwendig erklärt. (Verzug erfordert das HGB. Art. 310.) — Ebensowenig ist Liquidität der Forderung erforderlich, vgl. l. 1 pr. D. de litig. 44. 6, l. 1 C. eod. 8. 37, l. 2 C. debitorem vend. 8. 29. Doch wird das Verkaufsrecht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner in gutem Glauben auf richterliche Entscheidung provocirt; in dieser Allgemeinheit scheint nämlich l. 5 C. de distr. pign. 8. 28 verstanden werden zu müssen, welcher Stelle freilich Andere anderen Sinn beilegen. Vgl. Müller civ. Abhandlung I S. 101—102, Fritz Erläut. I S. 456—459, Bachofen S. 647—649, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 2, Dernburg II S. 128—131.

[4] L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. 8. 34, vgl. l. 18 C. de adm. tut. 5. 37. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 16 (Dernburg II S. 124. 125).

[5] L. 4 D. de pign. act. 13. 7: — „ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, *nisi ei ter fuerit denuntiatum*,

schehen, wenn ein richterliches Urtheil vorliegt[6]. d) Ablauf von 2 Jahren nach der (letzten)[7] Anzeige bez. nach dem Urtheil[8]. — Der Verkauf gerichtlich gepfändeter Sachen tritt 2 Monate nach der Pfändung ohne Weiteres ein[9].

2) Der Verkauf geschieht bei gerichtlich gepfändeten Sachen durch den Richter auf dem Wege öffentlicher Versteigerung[10]. Abgesehen von diesem Fall erklärt das römische Recht öffentlichen Verkauf nur bei Verkäufen durch den Fiscus für nothwendig[11], während er nach der Regel der deutschen Paticularrechte bei un-

---

ut solvat, et cessaverit". Es läßt sich die Vermuthung nicht unterdrücken, daß die herausgehobenen Worte erst den Compilatoren Justinian's angehören. Dafür spricht l. 5 eod., und daß Paulus S. R. II. 5 §. 1 dreimalige Anzeige schon in dem Falle für nothwendig erklärt, wenn nur die Verkaufsberedung nicht ausdrücklich hinzugefügt sei; ferner l. 7 C. de distr. pign. 8. 28. Vgl. Bachofen S. 176 fg., Brinz S. 353, Dernburg I S. 88 fg. — Welcher Zwischenraum muß zwischen den drei Anzeigen liegen? Man sagt: ein durch das Ermessen des Richters zu bestimmender; zehn Tage; so viel, daß daraus die Fruchtlosigkeit der Mahnung hervorgehe. S. Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten, Bachofen S. 176 Note 3, Dernburg I S. 89.

[6] L. 3 §. 1 C. de iur. dom. imp. 8. 34.

[7] Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 51—53. A. M. Fritz Erläuterungen I S. 467—470, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 4 a. E., Dernburg II S. 142.

[8] L. 3 §. 1 C. cit. Es kann aber dieses Erforderniß durch Vertrag erlassen werden, l. 3 §. 1 cit. Ueber die heutige Geltung desselben s. Glück XIX S. 389. 408, Sintenis (Pfandr.) S. 510 Note 1, Dernburg II S. 143. — HGB. Art. 310. 311.

[9] L. 31 D. de re iud. 42. 1.

[10] L. 2 C. si in causa iud. 8. 23, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53. Vgl. Müller civ. Abh. I S. 122—131.

[11] L. 3 C. si adv. fisc. 2. 37, l. 1. 2. 4. 6 C. de fide et iure hastae 10. 3, l. 16 C. de resc. vend. 4. 44. Marezoll Magazin f. Gesetzg. u. RW. IV S. 376 fg., Müller a. a. O. S. 109, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 5, Dernburg II S. 138; a. M. Fritz Erläuter. I S. 470. Bei anderen Pfandverkäufen spricht das römische Recht von der öffentlichen Versteigerung (proscriptio) nur in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger bei dem Verkauf überhaupt bemüht sein müsse, im Interesse des Eigenthümers einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen (Note 12) und in diesem Sinne scheint sie sogar die Regel gebildet zu haben. Vgl. l. 4 C. h. t., l. 15 §. 32 D. de iniur. 47. 10, l. 16 C. de resc. vend. 4. 44 — mit l. 9 C. h. t., l. 4 C. si vend. pign. 8. 30. Daß sie später ganz außer Gebrauch gekommen sei, möchte man

beweglichen Pfandsachen überhaupt eintritt[11a]. Der Gläubiger muß aber beim Verkaufe in guten Treuen verfahren und nach Kräften bestrebt sein, nicht bloß sein Interesse, sondern auch das Interesse des Eigenthümers, so weit dieß ohne Verletzung seines eigenen Interesses möglich ist, wahrzunehmen; sonst haftet er dem Eigenthümer auf Entschädigung[12]. Ist er insolvent und der Käufer hat sich an der Unredlichkeit betheiligt, so steht dem Eigenthümer ein Entschädigungsanspruch auch gegen diesen Letzteren zu[13]. Verkauf an sich selbst ist nichtig[14].

---

aus l. 3 pr. C. de iure dom. 8. 34 (von Justinian) entnehmen: — „pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque, nisi tantummodo ex librorum recitatione, audivimus"; doch bezieht sich die hier erwähnte proscriptio nur auf die dominii impetratio. Dernburg II S. 141. 142.

[11a] Dernburg II S. 257 fg. nimmt dafür gemeinrechtliche Geltung in Anspruch; ebenso, obgleich unbestimmter, Sintenis Pfandrecht S. 535 fg. und gem. Civilrecht I §. 77 a. E.; anders Seuffert Pand. I §. 204 Note 3. Jedenfalls in dem älteren deutschen Rechte hat diese Ordnung des Verfahrens nach den Untersuchungen von Meibom (das deutsche Pfandrecht S. 115 fg. 346 fg. 432 fg. vgl. S. 92 fg.) keinen Anhalt. [Goldschmidt Handelsrecht I S. 920.]

[12] L. 4. 7. 9 C. h. t., l. 1. 4 C. si vend. pign. 8. 30, l. 10 C. de in diem. add. 18. 2, vgl. l. 3 §. 5 D. de iure dom. imp. 8. 34. Er steht nach der Regel des Pfandcontractes (vgl. §. 233c) für omnis culpa ein, l. 13 §. 1 l. 14 l. 22 §. 4 D. de pign. act. 13. 7.

[13] L. 7. C. h. t., l. 1. 3. 4. 5 C. si vend. pign. 8. 30. Insolvenz des Verkäufers wird nur in l. 1 und 3 C. cit. verlangt nicht aber in l. 4 C. cit. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 3. cit. dieses Erforderniß hervorhebt, muß angenommen werden, daß es in l. 4 cit. vorausgesetzt werde. Müller a. a. O. S. 111, Sintenis Pfandrecht S. 515, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 6 (vgl. auch Fritz a. a. O. S. 476) wollen im Falle der Insolvenz des Verkäufers dem Eigenthümer einen Anspruch auch gegen den unschuldigen Käufer, auf Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Kaufpreises, einräumen, wegen l. 3 C. cit. Aber der Verkauf um zu geringen Preis „per gratiam", wovon diese Stelle redet, ist doch wohl gedacht als erfolgt unter Betheiligung des Käufers an der Unredlichkeit. Dernburg II S. 152—155. — Welches aber ist die juristische Natur dieses Entschädigungsanspruches gegen den Käufer? Dernburg II S. 155 fg. erklärt sich, und wohl mit Recht, für die actio doli, so daß dann auch im Einzelnen die für diese Klage geltenden Grundsätze (II §. 451) anzuwenden sind.

[14] L. 10 C. h. t., Paul. S. R. II. 12 §. 4. Dernburg II S. 163 —165. — Nichtig ist natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch der Verkauf

3) Die Wirkung des Verkaufes ist, daß der Käufer — Besitzübergabe und Zahlung des Kaufpreises vorausgesetzt (§. 172 Note 19) — Eigenthümer wird[15]. Der Gläubiger überträgt ihm fremdes Eigenthum[16]; aber dazu ist er eben kraft seines Pfandrechts befugt[17]. Er überträgt ihm unwiderrufliches Eigenthum, wenn nicht etwa beim Verkaufe ein Wiedereinlösungsrecht vorbehalten worden ist[18]. Er überträgt ihm das Eigenthum so, wie es zur Zeit der Begründung des Pfandrechts war, unbeschränkt durch später auf die Sache gelegte Lasten[19]. — Verpflichtet ist der Gläubiger dem Käufer nach den Regeln des Kaufvertrages

---

an den Eigenthümer, l. 39 D. de contr. emt. 18. 1, l. 40 pr. §. 1 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 160—163. — „Der Verkauf an den Bürgen, ist zwar nicht nichtig, aber der Bürge verfehlt sich gegen die dem Schuldner schuldige Treue, wenn er zum Nachtheil desselben kauft, so daß dem Schuldner das Einlösungsrecht bleibt, l. 1 C. de dolo malo 2. 21, l. 59 §. 1 D. mand. 17. 2. Uebrigens mischt sich beim Bürgen auch der Gesichtspunkt ein, daß möglicherweise seine Absicht nicht sowohl auf den Erwerb des Eigenthums, als auf den Erwerb des Pfandrechts gerichtet war, l. 2 l. 5 §. 1 D. h. t., l. 59 vgl. l. 36 D. de fidei. 46. 1, nach welchem Gesichtspunkt dem Eigenthümer auch dem kaufenden Nachpfandgläubiger gegenüber ein Einlösungsrecht bleibt. Vgl. I §. 248 Note 27. Etwas anders Dernburg II S. 165—169.

[15] L. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 13. 15. 18 C. h. t. Dernburg II §. 110.

[16] Eine Consequenz daraus in l. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6.

[17] L. 46 D. de A. R. D. 41. 1. Will man diese Befugniß auf eine dem Gläubiger bei der Verpfändung ertheilte Vollmacht zurückführen (vgl. Gai. II. 64, §. 1 I. quib. alien. 2. 8) — was übrigens jedenfalls nur für die vertragsmäßigen Pfandrechte paßt — so muß man nur festhalten, daß diese Vollmacht eine dem Gläubiger in seinem eigenen Interesse ertheilte und unwiderrufliche ist (vgl. l. 6 pr. l. 42 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 D. h. t. 20. 5, l. 7 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9). In l. 29 D. fam. erc. 10. 2 (vgl. l. 7 §. 12. 13 D. comm. div. 10. 3) wird der procurator mit dem Pfandgläubiger nur in einer ganz besonderen Beziehung verglichen. S. über diese Stelle die in §. 233a Note 1 a. E. Citirten und über das Ganze Bachofen Nr. VII, Dernburg II S. 108—113. [Seuff. Arch. XXII. 220.]

[18] L. 2 C. si antiquior cred. 8 20, l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. §. 1 D. h. t.

[19] Namentlich also unbeschränkt durch später begründete Pfandrechte. L. 1 C. si antiquior cred. 8. 20, l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 3 pr. D. h. t. Was Dienstbarkeiten angeht, s. Dernburg II S. 148 fg. Seuff. Arch. VI. 16. Vgl. noch das. XIV. 214.

zum Verschaffen der Sache (II §. 389); wenn er aber als Nichtbesitzer verkauft und der Käufer dieß gewußt hat, nur zur Abtretung seines Pfandanspruchs[20]. Ferner braucht der Gläubiger dem Käufer nur für die Wahrheit der Thatsache, auf welche er sein Pfandrecht zurückführt, und dafür einzustehen, daß nicht ein Anderer ein besseres Pfandrecht hat[21], nicht aber für das Recht des Verpfänders[22].

4) An dem Kaufpreis erwirbt der Gläubiger durch Uebergabe von Seiten des Käufers Eigenthum[22a], und kann denselben zu

[20] L. 13 D. h. t. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem". Mit Unrecht stellen Bachofen S. 561 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 223 fg. die Verpflichtung des Pfandgläubigers schlechthin auf Abtretung seines Pfandanspruchs. Dernburg II §. 105.

[21] L. 1 C. credit. evict. 8. 46. Dabei wird aber natürlich vorausgesetzt, daß der Gläubiger bei dem Verkauf erklärt habe, daß er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger verkaufe, und die gleiche Voraussetzung gilt für den sogleich folgenden Satz. Vgl. l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2.

[22] Das hat nicht bloß den Sinn, daß der Gläubiger im Falle der Eviction keinen Schadensersatz zu leisten hat, sondern auch den, daß er in diesem Falle selbst den Kaufpreis nicht zurückzuerstatten braucht; er ist nur zur Abtretung seines Entschädigungsanspruchs gegen den Verpfänder verpflichtet. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 10 D. h. t., l. 11 §. 16 D. de A. E. V. 19. 1, l. 38 D. de evict. 21. 2. Ist noch besonders ausgemacht worden, daß der Gläubiger nicht für Eviction einzustehen habe, so kann er sogar den Kaufpreis trotz derselben eintreiben, l. 68 pr. D. de evict. 21. 2 (anders versteht diese Stelle Dernburg II S. 189). Uebrigens wird der Pfandgläubiger nicht leicht einen Käufer finden, wenn er nicht die Verpflichtungen, welche ihm gesetzlich nicht obliegen, freiwillig übernimmt. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 22 §. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 59 §. 4 D. mand. 17. 1. Daß er für seine Arglist haftet, versteht sich von selbst, l. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 11 §. 16 D. de A. E. V. 19. 1. Vgl. überhaupt Bachofen S. 560—569, Dernburg II §. 169. Seuff. Arch. VI. 22, VIII. 28. — Nach Analogie des Gesagten darf der Pfandgläubiger auch nicht für Mängel der Sache, die ihm verborgen geblieben sind, haftbar gemacht werden. Dernburg II §. 170. — Der Käufer hat einen Anspruch gegen den Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, welcher demselben zu Gute gekommen ist, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2. Bachofen S. 582—586, Dernburg II §. 109. Vgl. II §. 422 Note 4. d.

[22a] Ist der Verkauf ein gerichtlicher, so ist der Richter als Stellvertreter des Gläubigers in der Besitz- und Eigenthumsübertragung anzusehen. Seuff. Arch. II. 355. [Blätter f. RAnwend. XXXIV S. 83 fg.]

seiner Befriedigung verwenden[23]. So weit der Kaufpreis zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, dauert sein Forderungsrecht fort[24]; den Ueberschuß muß er dem Eigenthümer bez. den nachstehenden Pfandgläubigern herausgeben[25].

§. 238.

Der Gläubiger braucht von seinem Verkaufsrecht keinen Gebrauch zu machen, wenn er nicht will; er darf aber nicht dem Eigenthümer, welcher seinerseits verkaufen will, den Verkauf unmöglich machen, und muß daher, wenn er im Besitze der Sache ist, demselben die Sache zu diesem Zwecke gegen Caution herausgeben[1]. Auf seine Forderung behalten darf der Gläubiger die Sache nur, wenn der Eigenthümer ihm dieß gestattet[2]; eine im Voraus für den Fall der Nichtzahlung der Schuld zur Verfallzeit gegebene Gestattung ist nichtig[3].

---

[23] L. 26. 44 D. de sol. 46. 3, l. 10 C. de O. et A. 4. 10. Vgl. l. 9 pr. D. h. t.; l. 35 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 5 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 96 §. 3 l. 101 §. 1 eod., l. 73 eod.; l. 23 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 205 fg. 211 fg.

[24] L. 9 §. 1 D. l. 3 C. h. t., l. 28 D. de R. C. 12. 1, l. 8 C. si cert. pet. 4. 2, l. 10 C. de O. et A. 4. 10. Dernburg II S. 205.

[25] L. 24 §. 2 l. 42 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 §. 5 D. qui pot. 20. 4. Dernburg II §. 114; speciell über den Anspruch des nachstehenden Pfandgläubigers auf den Ueberschuß Bachofen S. 491—493, Brinz S. 358, Dernburg II S. 487—489. Seuff. Arch. XVIII. 216, [vgl. XXII. 220.]

§. 238. [1] L. 6 pr. D. de pign. act. 13. 7.

[2] L. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7. l. 44 D. de solut. 46. 3, l. 13 C. de pign. 8. 14, vgl. l. 1 C. de pact. pign. 8. 35.

[3] Die Quellen sagen: es sei beim Pfande die lex commissoria verboten. Das Verbot rührt erst von Constantin her, l. 3 C. de pact. pign. 8. 35, vgl. c. 7 X. de pign. 3. 21, R. P. O. 1577 Tit. XX §. 5. Das Verbot erfordert nicht nothwendig, daß die Gestattung gerade bei der Verpfändung gemacht worden sei. Seuff. Arch. XIX. 217. Eine im Voraus getroffene Verabredung, daß bei Nichtzahlung der Schuld das Pfand dem Gläubiger um einen dann durch Schätzung zu bestimmenden Preis verkauft sein solle, fällt nicht unter den Begriff der lex commissoria, l. 16 §. 9 D. de pign. 20. 1. Seuff. Arch. III. 12. Das hier mitgetheilte Urtheil nimmt ferner an, daß auch der Verkauf um einen im Voraus bestimmten Preis nicht gegen das gesetzliche Verbot verstoße, wenn dieser Preis ein angemessener (den Werth erreichender oder übersteigender) sei. Noch weiter geht Dernburg II S. 282 fg.; derselbe

Findet sich für das Pfand kein Käufer[4], so kann der Gläubiger sich dasselbe zu Eigenthum zuschlagen lassen, wobei ihm der wahre Werth der Sache angerechnet wird, dem Eigenthümer jedoch zwei Jahre lang ein Einlösungsrecht bleibt. Der Zuschlag muß nach römischem Rechte vom Kaiser erwirkt werden; heutzutage erfolgt er durch das zuständige Gericht[5]. Bei richterlich gepfändeten Sachen fällt das Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers[6],

---

hält den Verkauf im Voraus ohne Rücksicht auf die Angemessenheit des Preises aufrecht; s. übrigens auch dens. S. 285 Nr. 1 und Vangerow I §. 383 Anm. Nr. 2. Ueber l. 81 pr. D. de contr. emt. 18. 1 Vangerow a. a. O. Nr. 3. Nach dem Urtheil bei Seuff. VIII. 237 soll der Richter das Verbot sogar ex officio berücksichtigen müssen. In Betreff des Falls eidlicher Bestätigung s. §. 83a, Dernburg II S. 285 fg. und die das. Citirten, Holzschuher II §. 126 Nr. 2. Eine ungemein ausführliche „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte" gibt Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 1—38. 312—388. XXV S. 60—114. 226—255. 420—439 (1841. 1842). Vgl. ferner Glück XIV S. 85 fg., Bachofen S. 617—623, Vangerow I §. 383 Anm., Dernburg II §. 122—124, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 151—155 (1866).

[4] Vgl. zum Folgenden, in Betreff dessen keineswegs vollständige Meinungsübereinstimmung herrscht, Glück XIX S. 403 fg., Müller civ. Abhandlungen I Nr. 3 §. 9—12. 18, Fritz Erläuter. I S. 479—490, Sintenis Pfandr. §. 56, Bachofen S. 624—627, Vangerow I §. 381 Anm., Dernburg II §. 118. 119 a. E.

[5] Der Zuschlag des Pfandes durch den Kaiser galt schon im früheren Recht (l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 5 §. 3 D. de reb. eor. 27. 9, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1. 2 C. de iure dom. imp. 8. 34, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23); neu geordnet worden ist er von Justinian in l. 3 C. de iure dom. imp. 8. 34. Durch diese Verordnung hat Justinian an die Stelle des früheren einjährigen Einlösungsrechts ein zweijähriges gesetzt, und außerdem vorgeschrieben, daß dem Zuschlag eine neue Zahlungsaufforderung vorhergehen müsse, entweder durch den Gläubiger, oder, bei Abwesenheit des Schuldners, durch das Gericht unter Stellung einer Frist. Der wahre Werth der Sache soll bestimmt werden entweder durch gerichtliche (nicht nothwendig vorhergehende) Schätzung, oder aber durch einen etwaigen späteren Verkauf des Gläubigers; jedoch soll in letzterem Falle der Gläubiger auf Verlangen die eidliche Versicherung abgeben müssen, daß er die Sache um keinen höheren Preis hätte verkaufen können. Ist der Werth der Sache höher, als der Betrag der Forderung, so entsteht Miteigenthum, aber mit gegenseitigem Auskaufsrechte.

[6] Justinian's Verordnung bezieht sich nur auf den Fall „si quis rem creditori suo pignoraverit" (§. 1 der cit. l. 3), und die Stellen der Com-

von der anderen Seite aber auch jede Nachforderung des Gläubigers im Falle des Minderwerths der Sache weg[7].

B. An unkörperlichen Sachen.

§. 239.

Ueber den Inhalt des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen ist im Allgemeinen bereits oben (§. 227) gehandelt worden. An diesem Orte ist folgendes Nähere zu bemerken.

1) Das Pfandrecht[1] am Nießbrauch, an der Emphyteusis und an der Superficies gibt die Befugniß, durch Geltendmachung der diesen Rechten entsprechenden Ansprüche sich in den Besitz des Rechts zu setzen, bez. sich im Besitz desselben zu erhalten[2]; ferner

---

pilation, welche von dem Zuschlag gepfändeter Sachen reden (l. 15 §. 3 D. de re iud. 42. 1, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53, vgl. übrigens auch l. 2 si in causa iud. 8. 23), gestatten ein Wiedereinlösungsrecht nicht. Daß nach diesen Stellen der Zuschlag durch den Richter erfolgen kann (übrigens wird auch ein Zuschlag durch den Kaiser erwähnt, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23), ist heutzutage nichts Besonderes mehr.

[7] L. 15 §. 3 D. de re iud. 42. 1. Daß der Gläubiger auch Anspruch auf den Mehrwerth der Sache habe, scheint mir in dieser Stelle nicht gesagt zu sein.

§. 239. [1] Die hierher gehörige Literatur s. §. 227 Note 3. 5. 9.

[2] L. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1. Diese Stelle (§. 205 Note 4) spricht freilich nur von dem Falle, wo das verpfändete Recht (Nießbrauch) zum Faustpfande gegeben worden ist, und nicht von der Erlangung des Besitzes, sondern nur von der Erhaltung desselben durch Einrede. Aber jedenfalls gibt sie dem Pfandgläubiger die Befugniß, sich auf die Verpfändung nicht bloß dem Verpfänder, sondern auch Dritten gegenüber zu berufen, d. h. also, nicht bloß die durch die Pfandeinräumung von dem Verpfänder eingegangene obligatorische Verpflichtung, sondern auch das verpfändete Recht selbst geltend zu machen. Es ist nicht abzusehen, warum diese Befugniß gerade in der Verpfändung zu Faustpfand ihren Grund haben, oder warum sie nicht in gleicher Weise für den Weg der Klage, wie für den der Einrede gelten sollte. Ueberdieß ist, was hier gefolgert wird, für die Superficies ausdrücklich anerkannt. L. 13 §. 3 D. de pign. 20. 1. „Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita, deinde amissa sit". Die Behauptung Bremer's (§. 227 Note 7) S. 124 fg. vgl. S. 105, daß sowohl in dieser Stelle, als in der zuvor genannten, nur possessorischer Schutz (nur Schutz des Besitzes im Falle des pignus im engeren Sinn?) anerkannt

die Befugniß, je nach der Natur des Rechts, das Recht selbst oder dessen Ausübung zu veräußern[3]. Auf den Ertrag dieser Rechte — die Früchte der Sache — erstreckt sich das Pfandrecht nach den für das Pfandrecht an körperlichen Sachen geltenden Grundsätzen[4]. — Derjenige, welchem ein noch nicht bestehendes Recht an fremder Sache verpfändet worden ist, kann durch Verkauf dieses Recht begründen; außerdem kann er durch Geltendmachung seines Pfandrechts sich den dem Rechte entsprechenden Besitz verschaffen[5]. In Betreff der Früchte gilt das Gleiche, was soeben bemerkt wurde[6].

2) An Forderungsrechten[7] ist zwar, da der ihnen ent-

---

sei, ist ohne allen Grund, und in Betreff der l. 13 §. 3 cit. schwer zu begreifen. — Man hat (in Betreff der Dienstbarkeiten) gefragt, ob die actio des Pfandgläubigers eine actio confessoria sei, oder eine actio hypothecaria (s. Dernburg I S. 487). Man wird sich für das Erstere entscheiden müssen; es ist das verpfändete Recht, welches der Pfandgläubiger geltend macht. Aber das verpfändete Recht macht er kraft eigenen Rechts, kraft des Pfandrechts geltend (er hat eine actio suo, nicht procuratorio nomine), daher auch gegen den Verpfänder selbst. Vgl. §. 205 Note 4.

[3] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus dem Begriff des Pfandrechts.

[4] Vgl. l. 15 pr. D. de pign. 20. 1. Dernburg I S. 487 glaubt, der Pfandgläubiger, welchem der Besitz des Rechts eingeräumt worden sei, werde Eigenthümer der Früchte. Aus der Verpfändung als solcher folgt dieß gewiß nicht; es gehört dazu ein besonderer Vertrag.

[5] Vgl. §. 227 Note 9—11 und Text dazu. Daselbst ist bereits bemerkt worden, daß in diesem Falle der wirkliche Gegenstand des Pfandrechts nicht sowohl das Recht an der Sache, als vielmehr die Sache selbst bildet, und so wird dieser Fall hier nur der Uebersichtlichkeit wegen noch einmal erwähnt. Weil die Sache selbst den Gegenstand des Pfandrechts bildet, muß hier auch die actio des Pfandgläubigers als actio hypothecaria bezeichnet werden; der Pfandgläubiger macht eine zwar durch den Verpfändungswillen beschränkte, aber doch immerhin eine Macht direct über die Sache, nicht eine Macht über ein Recht an der Sache geltend (s. Note 11 a. a. O.). Die Verkaufsbefugniß hebt hier ausdrücklich hervor l. 12 D. de pign. 20. 1.

[6] L. 15 pr. D. de pign. 20. 1.

[7] Besondere Abhandlungen über das Pfandrecht an Forderungsrechten sind: Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object der Pfandrechts (1812). Pfeiffer praktische Ausführ. I. 1 mit Nachtrag VII. 1 (1825. 1844). Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75 fg. (1834). Sintenis pfandrechtliche Streitfragen Abh. 1 (1835). Ferner handeln von diesem

sprechende factische Zustand kein dauernder ist, kein Besitz, wohl aber insofern etwas dem Besitze Entsprechendes möglich, als auch hier eine Verhinderung des Gläubigers an der eigenen Geltendmachung des verpfändeten Rechts denkbar ist. Diese Verhinderung kann auf doppeltem Wege erfolgen, durch Vorenthaltung der Beweisdocumente, und durch Anzeige an den Schuldner, nach welcher derselbe nicht mehr durch Leistung an seinen Gläubiger oder sonstige Verhandlung mit demselben sich befreien kann. Auf Herausgabe der Beweisdocumente, wenn sie von dem Schuldner nicht freiwillig faustpfandweise übergeben worden sind, hat der Pfandgläubiger einen Anspruch nicht[7a]; die Anzeige an den Schuldner dagegen ist eine durch die Verpfändung als solche gewährte Befugniß[8]. Wird der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so hat er die Wahl, ob er die Forderung zum Verkauf bringen[9], oder ob er sie selbst eintreiben will[10]. In letzterem Falle kann er das

---

Gegenstand die Preisschrift von Huschke (de pignore nominis 1820), die Inauguraldissertation von Gaupp (de nominis pignore 1820) und die Habilitationsschrift von Buchka (de pignore nominis 1843). S. außerdem Mühlenbruch Cession S. 519—530, Schmid Grundlehren der Cession I S. 114—140 (1863), R. Sohm die Lehre vom subpignus S. 42—52 (1864), F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 207—215 und an den andern das. citirten Stellen (1867); Sintenis Pfandrecht §. 22, Dernburg I §. 60; Vangerow I §. 368 Anm. 1.

[7a] Auf Herausgabe der Beweisdocumente hat der Pfandgläubiger nur insofern einen Anspruch, als ihm dieselben zum Zweck der Einziehung der Forderung (Note 10) nöthig sind. Arg. l. 6 pr. D. de pign. act. 13. 7.

[8] L. 4 C. quae res pign. 8. 17. Vgl. Mühlenbruch S. 526, Dernburg S. 464—465, Schmid S. 135—138. Seuff. Arch. II. 279, XI. 216, [XXIII. 114].

[9] L. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39; l. 15 §. 10 D. de re iud. 42. 1. Dernburg I S. 469—470.

[10] L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 D. de pign. 20. 1, l. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 4 C. quae res pignori 8. 17. Dernburg I S. 465—466; Seuff. Arch. VIII. 18. Man streitet darüber, ob die actio des Pfandgläubigers die actio hypothecaria oder die actio in personam aus dem Forderungsrechte sei; Letzteres ist die herrschende Meinung, Ersteres hat nach dem Vorgange Aelterer in neuerer Zeit wieder Trotsche a. a. O. S. 76 fg. vertheidigt. Offenbar muß man sich für die actio in personam entscheiden; der Pfandgläubiger macht die verpfändete Forderung kraft seines Pfandrechts geltend, aber es ist nicht sein Pfandrecht unmittelbar, welches er

eingezogene Geld zu seiner Befriedigung verwenden[11]; geht das Forderungsrecht auf einen andern Gegenstand als Geld, so hat er an demselben ein Pfandrecht[12].

---

geltend macht. Wenn man aber die Verpfändung einer Forderung als bedingte, eventuelle Cession bezeichnet hat, so steht dem entgegen, daß die Cession darauf gerichtet ist, die cedirte Forderung zu einer eigenen des Cessionars zu machen, während die Intention der Verpfändung darauf geht, daß der Pfandgläubiger die Forderung als fremde für sich solle geltend machen dürfen. Daß das römische Recht auch bei der Cession nicht die Obligation selbst übergehen läßt, macht keinen Unterschied; ihrer Intention nach unterschieden sich beide Geschäfte für die Römer, wie sie sich für uns unterscheiden. Hiernach erledigt sich eine Reihe von Fragen, welche man aufgeworfen hat, von selbst: es versteht sich von selbst, daß auch die verpfändete Forderung (von ihrem Gläubiger) cedirt werden kann (natürlich unbeschadet des Pfandrechts), — daß nach der Befriedigung des Pfandgläubigers [auch wenn sie nach der Verfallzeit erfolgt] keine Rückcession erforderlich ist, — daß sich der Rang zwischen mehreren Forderungspfandgläubigern nach der Zeit der Verpfändung bestimmt und nicht nach der Zeit der Denuntiation, wenn man auch davon ausgeht, daß bei der Cession die Zeit der Denuntiation entscheidend sei, [überhaupt nach Pfandrechtgrundsätzen]. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1 a. E., Dernburg S. 470—473, Bremer S. 209. 210. 156, Seuff. Arch. XV. 6 (der Verpfänder behält die Paulianische Klage). — Steht dem Schuldner in der verpfändeten Forderung die exc. excussionis zu? Dernburg S. 465 Note 12, Schmid S. 140, Bremer S. 214. Kann der Pfandgläubiger, statt die Forderung einzutreiben, sie in anderer Weise vernichten, z. B. durch Novation, Erlaß? Ohne Zweifel; nur daß er sich den Betrag derselben anrechnen lassen muß, als hätte er ihn empfangen. Vgl. mit Vangerow §. 368 Anm. 1 a. E. Dernburg S. 468, Schmid S. 139, Bremer S. 213.

[11] L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 4 C. quae res pign. 8. 17. Geht die Forderung auf Mehr, so kann er nur so viel einziehen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, l. 4 C. cit. Vgl. Schmid S. 133, Bremer S. 215.

[12] L. 18 pr. cit., l. 13 § 2 cit. Wenn dieß darauf zurückgeführt wird (vgl. namentlich Dernburg S. 468), daß in jeder Verpfändung der Forderung zugleich eine den Erwerb des geschuldeten Objects anticipirende Verpfändung liege, so ist zu bemerken, daß mit dieser Auffassung dem gesetzlichen Pfandrecht nicht Genüge geleistet wird. Für das gesetzliche Pfandrecht jedenfalls wird man sagen müssen, daß dasselbe durch Rechtssatz von der Forderung auf das kraft der Forderung Geleistete erstreckt sei: und warum soll denn dieser Rechtssatz nicht auch für das vertragsmäßige und richterliche Pfandrecht gelten? Vgl. auch Bremer S. 173—175. — Gegen die Ansicht, daß der Pfandgläubiger an dem eingetriebenen Schuldobject nur ein Retentionsrecht habe, s. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Dernburg S. 467. — Wie ist es, wenn der

3) Das Pfandrecht an einem Pfandrechte[13] gibt die Befugniß, das verpfändete Pfandrecht[14] statt des Pfandgläubigers, welchem dasselbe zusteht, auszuüben, also statt dieses Pfandgläubigers unter den Bedingungen, unter welchen dieser selbst be-

Schuldner selbst die Forderung eintreibt? Es ist kein Grund vorhanden, weßwegen nicht auch in diesem Falle das Eingetriebene dem Forderungspfandgläubiger verpfändet sein sollte; jedoch bildet, wenn das Eingetriebene Geld ist, die Unverfolgbarkeit des Geldes, welche regelmäßig stattfinden wird, ein Hinderniß. Vgl. Dernburg S. 468, Bremer S. 161. 169, und unten Note 16.

[13] Das Pfandrecht am Pfandrechte, das s.g. Afterpfandrecht oder subpignus, hat eine sehr reiche Literatur. Von besonderen Bearbeitungen ist namentlich zu nennen die gute Schrift von R. Sohm, die Lehre vom subpignus (1864); dazu die Recensionen von Bekker krit. VJSchr. VI S. 473 fg. und Regelsberger Schletter's Jahrb. XI S. 3 fg. S. außerdem: Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII S. 350 fg. XV S. 86 fg. (1830. 1832), Löhr das. XIV S. 162—164 (1831), Gesterding Ausbeute von Nachforschungen IV Abth. 1 S. 199 fg. (1832), Trotsche Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 2 fg. (1834), Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 99 fg. und dazu Nachtrag in der 2. Ausg. S. 436 fg. S. 472 fg. (1834. 1847), Hoffmann in Fuhr u. Hoffmann civilistische Versuche S. 72 fg. (1835), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 33 fg. (1835), Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 221 fg (1845); ferner in den in Note 6 citirten Abhandlungen von Huschke, Gaupp und Buchka cap. 2 §. 3, p. 40 sqq., p. 24 sqq.; sodann Mühlenbruch Cession S. 336 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 140 fg., F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject S. 215—218 und an den andern das. citirten Stellen; endlich Sintenis (Pfandrecht) §. 23, Dernburg I §. 61, Brinz S. 323 fg., Vangerow I §. 368 Anm. 2.

[14] Nach der Meinung Vieler (s. Vangerow a. a. O. und die dort und bei Sohm S. 60 Genannten) ist der Gegenstand des Afterpfandrechts nicht sowohl das Pfandrecht, als die verpfändete Sache selbst. Dafür spricht die Ausdrucksweise der Quellen (l. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 1. 2 C. si pignus pignori 8. 24). Von der anderen Seite liegt es auf der Hand, daß der Pfandgläubiger von der Sache nicht mehr zur Sicherheit stellen kann, als er selbst hat, und da er an derselben nur ein Pfandrecht hat, so kann er an ihr eben auch nur ein Pfandrecht zur Sicherheit stellen. Insofern freilich der Afterpfandgläubiger dieses Pfandrecht statt des verpfändenden Pfandgläubigers geltend macht, macht er ein Pfandrecht an der Sache selbst geltend, und insofern kann und muß man allerdings sagen, daß er mittelbar ein Recht auch an der Sache selbst habe. S. auch Sohm S. 57 fg., Bremer S. 41 fg. 216. Wenn Brinz a. a. O. das Verhältniß so auffaßt, daß das Pfandrecht dem Pfandgläubiger unter Anderem auch die Macht gebe, ein Pfandrecht an der Sache zu begründen, so

rechtigt ist, die verpfändete Sache abzufordern und sie zum Verkauf zu bringen[15]. Da aber das Pfandrecht nichts ist, als ein Mittel, zur Befriedigung der Forderung zu gelangen, welche es versichert, so darf der Afterpfandgläubiger auch ohne zur Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts zu schreiten die Leistung aus dieser Forderung annehmen, und steht dann zu dem Geleisteten in demselben Rechtsverhältniß, wie der Forderungspfandgläubiger[16].

---

ist zu fragen, ob das denn im Begriffe des Pfandrechts liege? Im Begriffe des Pfandrechts liegt es, daß es dem Gläubiger so viel Macht gibt, als ihm nothwendig ist, damit er Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung habe; aber es liegt nicht im Begriffe des Pfandrechts, daß es dem Gläubiger die Macht gibt, den Pfandgegenstand als Sicherungsmittel für eine Schuld zu verwenden, die er selbst hat. Als Sicherungsmittel für eine Schuld, die er hat, kann der Pfandgläubiger nur sein Pfandrecht selbst verwenden, indem er nämlich die Realisirung desselben abtritt; er gibt zur Sicherheit seine Sicherheit. Brinz betont mit Huschke, daß der Afterpfandgläubiger kein Recht gewinne, das Pfandrecht des Verpfänders, sondern nur ein Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen; geht denn der Begriff des Pfandrechts im weiteren Sinne im Verkaufsrechte auf? S. §. 227, und vgl. in Betreff der hier verhandelten Frage noch Sohm S. 57 fg., Schmid S. 141 fg., Bremer S. 41 fg. 216, Dernburg S. 476—478, Arndts §. 367 Anm. 3.

[15] L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 1. 2 C. si pignus pign. 8. 24, l. 40 §. 2 D. de pign. act. 13. 7.

[16] L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1. „Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem". Eine unendlich viel besprochene Stelle, über deren Erklärung die Meinungen noch immer sehr auseinander gehen! Vgl. darüber Vangerow a. a. O., Dernburg S. 478 fg., Sohm S. 106 fg., Bremer S. 221 fg. Ich verstehe die Leistung, von welcher im Anfang der Stelle die Rede ist („quodsi dominus solverit pecuniam"), von einer Leistung an den ersten Pfandgläubiger, die utilis actio, von welcher sodann gesprochen wird, von einer utilis hypothecaria actio (diejenigen, welche annehmen, die Stelle rede von einer Leistung an den zweiten Pfandgläubiger, verstehen unter der utilis actio die dem ersten Pfandgläubiger zustehende actio pignoraticia in

VI. Mehrheit der Pfandrechte.

A. Rechtsverhältniß*.

§. 240.

Das Rechtsverhältniß, welches bei einer Mehrheit der Pfand-

---

personam directa), endlich den Schluß der Stelle so, daß durch denselben auf die vorher aufgeworfene Frage indirect geantwortet wird — indirect in doppelter Beziehung, einmal weil in der Entscheidung des Pomponius nicht von einem Pfandrecht an einem Pfandrecht, sondern von einem Pfandrecht an einer Forderung die Rede ist, sodann deßwegen, weil in dieser Entscheidung Leistung nicht an den ersten, sodann an den zweiten Gläubiger angenommen wird. Das Letztere beweisen die Worte „creditorem secum pensaturum", ein Ausdruck, welcher doch nicht von einer directen Befriedigung durch Empfang des Geschuldeten gebraucht werden kann (vgl. l. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7). Wie man übrigens auch über diesen Punkt denken mag, jedenfalls sagt die Stelle, daß der Afterpfandgläubiger an den auf Grund der Pfandforderung eingetriebenen Sachen, welche nicht Geld sind, ein Pfandrecht habe (was das Geld angeht, so läßt unsere Erklärung sie sagen, daß der eintreibende Afterpfandgläubiger es auf seine Forderung behalten könne, die andere, daß es dem eintreibenden ersten Gläubiger bleibe, unverpfändet, nämlich wegen seiner Unverfolgbarkeit). — Hieran hat sich nun eine fernere sehr lebhafte Controverse angeknüpft, indem nämlich die angegebene Entscheidung von Vielen darauf zurückgeführt wird, daß das Pfandrecht am Pfandrecht auch die versicherte Forderung ergreife, während Andere dieselbe gar nicht, oder nur durch das Pfandrecht hindurch, soweit sie von demselben untrennbar ist, haften lassen; s. darüber Vangerow a. a. O., Dernburg S. 478 fg., Schmid S. 145 fg., Sohm S. 66 fg., Bremer S. 221, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Ich halte die zuletzt bezeichnete Meinung, nämlich daß die Forderung durch das Pfandrecht hindurch hafte, für richtig. Weniger anzunehmen, erlaubt l. 13 §. 2 cit. nicht; aber diese Stelle gebietet auch nicht, Mehr anzunehmen. Näher also so: der Afterpfandgläubiger fordert Befriedigung für die durch das verpfändete Pfandrecht versicherte Forderung; wird ihm geleistet, so ist er der rechte Empfänger, aber wird ihm nicht geleistet, so hat er kein anderes Mittel, die Leistung sich zu verschaffen, als Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts. Deßwegen kann er namentlich auch nicht den Schuldner in dieser Forderung durch Denuntiation hindern, sich durch Leistung an seinen Gläubiger zu befreien, wie denn dieses Mittel in den Quellen nirgends erwähnt wird (vgl. namentlich l. 40 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44. 3). Wird dem ersten Pfandgläubiger geleistet, so gilt das Gleiche wie beim Forderungspfandrechte.

* v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XIV. 7 (1831). Vangerow I S. 871—873

rechte an demselben Gegenstand stattfindet, kann in verschiedener Weise gestaltet sein[1].

1) Jedes der Pfandrechte bezieht sich auf einen besonderen Theil des Vermögenswerthes des Pfandgegenstandes[2].

2) Jedes Pfandrecht bezieht sich auf den ganzen Vermögenswerth des Pfandgegenstandes. Dabei sind Verschiedenheiten möglich.

a) Jedes Pfandrecht steht dem andern gleich. Während dann jeder Pfandgläubiger Driten gegenüber in derselben rechtlichen Lage ist, als wäre er alleiniger Pfandgläubiger, entscheidet zwischen den mehreren Pfandgläubigern selbst der Besitz[3]; es müßte denn ein Gemeinschaftsverhältniß oder ein anderweitiges obligatorisches Rechtsverhältniß zwischen ihnen bestehen, kraft dessen Theilung des Erlöses gefordert werden kann[4].

b) Das eine Pfandrecht steht dem andern nach. Dieß ist der gewöhnliche und bei Weitem wichtigste Fall; von ihm ist näher zu handeln.

§. 241*.

Wenn mehrere dem Range nach verschiedene Pfandrechte an dem nämlichen Pfandgegenstand stattfinden, so hat der nachstehende Pfandgläubiger Anspruch auf den Vermögenswerth des Pfand-

---

(7. Ausg.). Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 14. Dernburg II §. 149. [Goldschmidt Handelsr. II S. 957 fg.]

[1] Nicht hierher gehört der Fall der Afterverpfändung. Die beiden bei §. 240. derselben stattfindenden Pfandrechte haben nicht denselben Gegenstand.

[2] Der Antheil eines Jeden kann geradezu bezeichnet sein (1/2, 1/3 ꝛc.), oder durch das Verhältniß der Forderungen. L. 20 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 10 i. f. D. de pign. 20. 1, l. 16 §. 8 eod. Vgl. Dernburg II S. 408. [Bremer Hypothek und Grundschuld (§. 225 Note 16) S. 37 fg., 41 fg. 50. 59. 93.]

[3] L. 10 pr. D. de pign. 20. 1, l. 14 D. qui pot. 20. 4.

[4] Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist der, wo der Pfandgläubiger mehrere Erben hinterlassen hat. L. 1 C. si ex plur. 8. 32. Vgl. Dernburg II S. 109. Dieser Schriftsteller erklärt sich wohl mit Recht gegen die Auffassung, als sei das Verhältniß auch so denkbar, daß die mehreren Pfandrechte zwar Dritten gegenüber jedes den ganzen Vermögenswerth der Sache, im Verhältniß der Pfandgläubiger zu einander aber jedes nur einen Theil des Vermögenswerthes ergriffen; ein Verhältniß, für welches auch l. 16 §. 8 D. de pign. 20. 1 nicht beweist.

* Bachofen Nr. XVI, Dernburg II §. 159. 160.

gegenstandes nur nach dem vorgehenden, d. h. nur für den Fall der Befriedigung oder Beseitigung desselben[1]. Hat der vorgehende Pfandgläubiger verkauft, so hat der nachstehende kein anderes Recht, als von demselben Herausgabe Dessen zu verlangen, was er über den Betrag seiner Forderung hinaus erlöst hat[2]. Deß-

§. 241. [1] L. 15 §. 2 D. de pign. 20 1, l. 1 C. qui pot. 8. 18. — Frage: kann der nachstehende Pfandgläubiger verlangen, daß der vorgehende seine Befriedigung aus einer andern ihm verpfändeten Sache suche? Antwort: nein; es müßte denn dem vorgehenden Pfandgläubiger eine Chicane zur Last fallen, oder er müßte eine dahin gehende Verpflichtung übernommen haben. S. §. 235 Num. 5 lit. e und die dort Citirten. Anders, wenn es zum Concurse gekommen ist. Im Concurse hört die Willkür der einzelnen Gläubiger auf, und es wird die Masse zwischen allen vertheilt, wie es objectiv gerecht ist. Gerecht ist es aber nicht, daß durch die Befriedigung eines Gläubigers der Eine mehr Schaden erleide, als der Andere. (Wird der Gläubiger aus dem einen Pfandgegenstand befriedigt, so erleiden Schaden die auf denselben angewiesenen Nachpfandgläubiger; wird er aus dem andern befriedigt, so erleiden Schaden die Chirographargläubiger, bez., wenn auch dieser Gegenstand weiter verpfändet ist, die auf ihn angewiesenen Nachpfandgläubiger.) Der vorgehende Pfandgläubiger wird daher aus jedem einzelnen der mehreren Pfänder, welche ihm zustehen, nach Verhältniß des Werthes derselben befriedigt (nach einer andern Meinung aus jedem zu gleichen Theilen, so jedoch, daß ihm, was das eine Pfand von dem auf dasselbe fallenden Theil nicht zu leisten vermag, aus dem andern zugelegt wird). Dabei ist aber zu bemerken: wenn dem Doppelpfandgläubiger andere Pfandgläubiger vorgehen, so ist in Anschlag zu bringen nicht der ganze Werth der Pfandsache, sondern dasjenige, was von demselben auf den Doppelpfandgläubiger nach Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger fällt; es ist aber andererseits der auf ihn fallende Werthbetrag ganz in Anschlag zu bringen, und nicht etwa, wenn derselbe seine Forderung übersteigt, nur bis zum Belange seiner Forderung. Den letzteren Fehler machte Guyet (Arch. f. civ. Pr. XVIII. 14), welchem übrigens das Verdienst gebührt, diese praktisch wichtige Frage zuerst angeregt zu haben (1835). Seitdem hat dieselbe eine ganze Literatur erhalten; s. Arnold prakt. Erörterungen Nr. 9 (1845), de Fontenay Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 6 (1854), H. Dürrschmidt die Lehre von den Verbandhypotheken der deutschen Rechte, mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung (Augsburg 1856; darüber Dahn krit. Ueberschau IV S. 292—296), Simon Arch. f. civ. Pr. XLI. 12 (1858), Brackenhöft das. XLIII. 11 (1860); Sintenis Pfandr. S. 472—481, Dernburg II S. 485—487; Vangerow I §. 389 Anm. 2. a (S. 889 der 7. Ausg.), Seuffert Pandektenr. 4. Aufl. §. 303 Note 13, und die Ausführung in Seuff. Arch. VIII. 107. [H. Luden Arch. f. civ. Pr. LIII. 1.]

[2] L. 12 §. 5 D. qui pot. 20. 4. S. die Citate §. 237 Note 25. — Da, wenn der vorgehende Pfandgläubiger zur Perception gelangt, der nach-

wegen ist aber das Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers nicht weniger ein sofort existirendes[3], und nicht weniger ein volles Pfandrecht. Dasselbe gewährt alle Befugnisse, welche in dem Pfandrechte enthalten sind, und findet seine Grenze eben nur in dem besseren Recht des vorgehenden Pfandgläubigers. So kann der nachstehende Pfandgläubiger die Sache von jedem Dritten abfordern, und unterliegt nur im Streit mit dem vorgehenden[4]. Er kann ferner verkaufen; freilich ohne bleibende Wirkung, da der vorgehende Pfandgläubiger dem Käufer die Pfandsache wieder nimmt[5]. Da der nachstehende Pfandgläubiger in dieser Weise

---

stehende nur den Ueberschuß erhält, so liegt es nahe, die Verpfändung im Ausdruck sogleich auf diesen Ueberschuß zu stellen; deßwegen aber geht der Verpfändungswille nicht weniger auf die Verpfändung des ganzen Werths an zweiter Stelle. L. 96 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 15 §. 2 D. de pign. 20. 1.

[3] Man hat wohl, entweder bloß für das ältere römische Recht, oder auch für das Justinianische, das Gegentheil angenommen, und dem nachstehenden Pfandgläubiger nur ein bedingtes Pfandrecht zugeschrieben, namentlich wegen der Stellen (l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4, l. 22 C. de pign. 8. 14, l. 1 C. qui pot. 8. 18), in welchen es heißt, daß durch Befriedigung des ersten Pfandgläubigers das Pfandrecht des nachstehenden „confirmatur". Aber dieser Ausdruck will nichts sagen, als daß erst durch Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers das nachstehende Pfandrecht zu ungeschmälerter Wirksamkeit gelange. Was l. 12 §. 9 D. eod. angeht: „et omnino secundus creditor, nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat", so bekommen diese Worte ihren wahren Sinn durch den Zusammenhang der Stelle. Danach wollen sie nur sagen, daß der zweite Pfandgläubiger kein anderes Mittel als das bezeichnete habe, um zu verhindern, daß der dritte Pfandgläubiger sich an die Stelle des ersten setze. Ueber l. 15 §. 2 D. de pign. 20. 1 s. die vorige Note. Vgl. Vangerow I §. 388 Anm., Bachofen S. 487; Dernburg II S. 480—482.

[4] L. 12 pr. §. 7 D. qui pot. 20. 4.

[5] In diesem Sinne heißt es von dem nachstehenden Pfandgläubiger „nullo iure vendidit", l. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (vgl. l. 5 pr. eod.), und daß er erst durch die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers die „distrahendi potestas" erlange (l. 8 C. qui pot. 8. 18). Wenn diese Stellen in keiner Weise gegen das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers beweisen, so liegt der positive Beweis für dasselbe in der ganzen Construction des nachstehenden Pfandrechts als eines in sich vollkommenen und nur dem vorgehenden Pfandrecht weichenden Rechts. Nicht zutreffend ist die Berufung auf l. 15 §. 5 D. de re iud. 42. 1, welche nur von dem richterlichen Executionspfand handelt; s. auch l. 22 §. 1 D. de I. F. 49. 14. Für das Ver-

im Resultate doch nur erhält, was durch den Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers Mehr, als dessen Forderung beträgt, erlöst wird, so ist es für ihn von großem Werth, daß er in der Ausbezahlung des vorgehenden ein Mittel besitzt, durch dessen Anwendung er sich selbst an dessen Stelle setzen und sich so die Möglichkeit verschaffen kann, den Verkauf in einer seinen Interessen entsprechenden Weise vorzunehmen. Das Nähere hierüber ist bereits oben (§. 233b Num. 4) vorgetragen worden.

B. Rang der Pfandrechte*.

1. Zeitverhältniß**.

§. 242.

Der Rang der mehreren an dem gleichen Gegenstand stattfindenden Pfandrechte bestimmt sich der Regel nach durch ihr Zeitverhältniß[1]. Ausnahmen von dieser Regel werden durch den

---

kaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers haben sich ausgesprochen Bopp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 12 (1830) und Arch. f. civ. Pr. XV. 17 (1832, das. S. 353 auch eine Uebersicht der älteren Literatur), Bachofen S. 485—490, Vangerow I §. 388 Anm.; gegen dasselbe v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XIV S. 170 fg. (1831), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 122 fg. und Pfandr. S. 653 fg., Fritz Erläuterungen I S. 531 fg., Dernburg II S. 482 fg. Ein Verkaufsrecht nach modernem Hypothekenrecht nimmt an Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 50—53. — Eine andere Frage ist es übrigens, ob der nachstehende Pfandgläubiger unter allen Umständen verkaufen darf. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß in dem Verkaufe einer beweglichen Sache eine Verbringung der Sache liegen kann, welche unter die Kategorieen des dolus und des furtum fällt. L. 1 D. de distr. pign. 20. 5. Vgl. §. 235 Note 5.

* Dig. 20. 4 qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. 8. 18 qui potiores in pignore habeantur.

** Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat (1827), dazu Zimmern in Schunck's Jahrb. II S. 246 fg. und Mayer in Tüb. krit. Zeitschr. II S. 71 fg. Hepp Arch. f. civ. Pr. X. 12 (1827). Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859), und dazu Fitting krit. VJSchr. I. S. 71 fg. Dernburg II §. 150. I §. 68—71. Glück XIX S. 319 fg.

§. 242. [1] L. 4 C. h. t.: — „sicut prior es tempore, ita potior es iure“. L.

Vorzug der öffentlichen und der privilegiirten Pfandrechte begründet (§ 245. 246). —

Das den Rang der Pfandrechte bestimmende Zeitverhältniß[2] ist nicht nothwendig das ihrer Entstehung[3]. Ein Pfandrecht hat Rang ganz gewiß von der Zeit, wo es existent geworden ist; aber es kann auch sehr wohl Rang von einer Zeit haben, wo es noch nicht existent war. Dieses Letztere ist dann der Fall, wenn vor der Entstehung des Pfandrechts bereits der Grund zu demselben in einer den Schuldner (den Eigenthümer der Pfandsache) bindenden Weise gelegt war. Im Einzelnen gehören hierher folgende Sätze.

1) Das unter einer Bedingung oder Befristung bestellte Pfandrecht datirt von der Zeit der Bestellung[4].

---

2 eod.: — „cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore". Bei der Bestimmung des Zeitverhältnisses wird der Tag als untheilbares Ganze gerechnet. L. 16 §. 8 D. h. t., vgl. l. 8 D. de feriis 2. 12. Harmenopulos Prompt. III. 5 §. 36: — *αἱ ὧραι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσί τινι αὐτῶν προτίμησιν*". Regelsberger §. 35 Note c. A. M. Dernburg II S 410, Arndts §. 383 Anm. 3 a. E. [Vorbehalt des Ranges für ein später zu bestellendes Pfandrecht? Bremer Hypothek und Grundschuld S. 37 fg. 41 fg.]

[2] Das Folgende gilt nur unter der Voraussetzung, daß nicht das Hypothekenbuchsystem particularrechtlich eingeführt ist. Wo dieß der Fall ist, hat kein Pfandrecht Rang von einer früheren Zeit, als der seiner Eintragung. Nicht so unbedingt ist auch der positive Satz wahr, daß jedes Pfandrecht Rang von der Zeit seiner Eintragung habe; wie z. B. wenn ein Pfandrecht für ein künftig zu nehmendes Darlehn eingetragen wird (Note 6). Gewöhnlich wird dieses Letztere nicht beachtet. Vgl. Regelsberger §. 40—43 und das Urtheil bei Seuff. VI. 318.

[3] Anders die herrschende Meinung. Gegen dieselbe ist die genannte Schrift von Regelsberger gerichtet, deren Grundauffassung auch von Fitting a. a. O. gebilligt worden ist (während sich gegen dieselbe ausgesprochen haben Dernburg I S. 518 Anm. 2, Sintenis I §. 74 Note 1, Vangerow I §. 369 Anm. 1 Nr. 1 a. E.) S. außerdem Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 20, Scheurl krit. Ueberschau V S. 31, Brinz S. 342.

[4] Denn in beiden Fällen ist der Verpfänder gebunden, d. h. er hat nicht mehr die Macht, das in Aussicht gestellte Pfandrecht nicht entstehen zu machen, oder anders entstehen zu machen, als wie er es in Aussicht gestellt hat, d. h. als Pfandrecht an einer mit den später entstandenen Pfandrechten noch nicht belasteten Sache. S. §. 89 Note 3. 4, §. 96 Note 5 a. E. Daß das unter einer Befristung bestellte Pfandrecht später bestellten Pfandrechten vorgeht,

2) Ebenso das für eine bedingte oder befristete Forderung bestellte Pfandrecht[5].

3) Dagegen datirt das für eine bloß zukünftige Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent geworden ist[6], wenn nicht ausnahmsweise die Absicht der

---

sagt ausdrücklich l. 12 §. 2 D. h. t. — Die herrschende Meinung erklärt diese Sätze, was die bedingte Verpfändung angeht, aus der Rückbeziehung der Bedingung (§. 91, so auch Regelsberger S. 118), was die befristete angeht, daraus, daß das unter einer Befristung verliehene Recht an und für sich sofort existire (§. 96). Demgemäß muß sie auch in Betreff der befristeten Verpfändung die, ganz gewiß unrichtige, Ausnahme hinzufügen, daß die Zeit der Bestellung dann nicht entscheidend sei, wenn die Parteien wirklich Existenz des Pfandrechts erst von der bezeichneten Zeit an gewollt hätten (s. namentlich Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 173, so auch Regelsberger S. 119).

[5] L. 9 pr. §. 1. 2 l. 11 §. 1 l. 18 D. h. t. Die Verpfändung bindet in demselben Maße wie die Forderung, für welche sie gemacht wird. L. 9 pr. D. cit.: „Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit: debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causam habendam". Auch hier hilft sich die herrschende Meinung mit der Rückbeziehung der erfüllten Bedingung (wobei sie übrigens mit l. 9 §. 2 D. h. t. in einen bösen Conflict kommt, indem nämlich ziemlich allgemein angenommen wird, daß bei bedingten Vermächtnissen die Rückbeziehung wegfalle, vgl. Regelsberger S. 18. 19 und Scheurl krit. VJSchr. II S. 501) und mit dem Satze, daß die Befristung nur die Geltendmachung, nicht die Existenz des Rechts aufschiebe. So auch Regelsberger §. 16. 20. Dernburg (I §. 69) nimmt für die bedingte Forderung Existenz des Pfandrechts vor der Forderung an; vgl. darüber jedoch §. 225 Note 7. — Der Schuldner ist deßwegen nicht weniger gebunden, weil er durch eine Willenserklärung dem wirklichen Existentwerden der Verbindlichkeit entgehen kann, wie z. B. bei dem auf Kündigung gestellten Miethvertrag, beim Mandat (vgl. §. 225 Note 6 und Regelsberger §. 9. 10). Dagegen ist, wenn die Bedingung der Forderung auf den nackten Willen des zu Verpflichtenden gestellt ist, eine obligatorische Gebundenheit gar nicht vorhanden, und demgemäß auch keine Pfandgebundenheit (§. 93). Von diesem Falle ist zu verstehen l. 9 §. 1 h. t. (§. 89 Note 15). [Vgl. noch Seuff. Arch. XXIII. 19.]

[6] Ueber den Begriff der bloß zukünftigen Forderung, der zukünftigen

Parteien dahin ging, daß eine sofortige Pfandgebundenheit eintreten solle. Dieses Letztere ist namentlich dann anzunehmen, wenn der künftige Gläubiger genöthigt werden konnte[7], sich durch eine Aufopferung von seiner Seite zum Gläubiger zu machen[8].

Forderung im technischen Sinn, im Gegensatz zu der bedingten und befristeten s. §. 225 Note 6. Es wird unter einer solchen Forderung verstanden eine Forderung, zu der auch nicht einmal der Grund gelegt ist, so daß der Schuldner noch vollkommen ungebunden ist, von welcher Art z. B. die Forderung aus einem verabredeten Darlehn ist. Eben deßwegen, weil hier keine obligatorische Gebundenheit stattfindet, wird auch durch die Verpfändung keine Gebundenheit erzeugt, und datirt daher das für eine solche Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent wird, nicht von der Zeit der Bestellung. L. 11 pr. l. 1 §. 1 D. h. t., l. 4 D. quae res pign. 20. 3 (vgl. l. 30 D. de R. C. 12. 1). Regelsberger §. 12, Dernburg I S. 528—530; Seuff Arch. I. 410. — Ich habe früher angenommen, daß die Entscheidung der genannten Stellen ohne inneren Grund sei (Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 56—58). Diese Meinung beruht auf einer irrigen Auffassung des Verhältnisses des Pfandrechts zu seiner Forderung, auf der Annahme, daß die Forderung etwas zu dem Pfandrecht äußerlich Hinzutretendes sei, während sie etwas durch seinen Begriff Gegebenes ist. Vgl. §. 89 Note 15, §. 225 Note 7.

[7] Beispiele: Jemand verpflichtet sich, einem Andern ein Darlehn, oder Darlehne bis zu einer gewissen Summe zu geben (Creditvertrag); Jemand verbürgt sich für die von einem Andern zu contrahirenden Schulden. Vgl. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 61.

[8] Von welcher Zeit an das Pfandrecht für eine zukünftige Forderung in dem im Text genannten Fall zu datiren sei, ist eine höchst bestrittene und höchst häkeliche Frage. Vgl., auch was die frühere Literatur angeht, Vangerow I §. 372 Anm. 3, Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. 3 (1852); aus der neueren Zeit Arndts §. 384 Note 6, Regelsberger §. 13—14 und dazu Fitting a. a. O. S. 84. 85, Dernburg S. 530—537 und dazu Scheurl krit. VJSchr. II S. 503—504. Diese neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Fitting und Scheurl, für die im Text behauptete Ausnahme erklärt, Arndts und Regelsberger mit Berufung auf die Billigkeit, Dernburg nach seiner Auffassung von der Möglichkeit des Bestehens eines Pfandrechts vor der Forderung (§. 225 Note 7), indem er näher auszuführen sucht, daß eben mit Rücksicht auf die Gebundenheit des zukünftigen Gläubigers die sofortige Existenz des Pfandrechts als präsumtiv gewollt anzunehmen sei. Ich glaube, daß in dieser Dernburg'schen Auffassung ein wahrer Kern liegt, welchen ich ausdrücke, wie im Texte geschehen, und demgemäß nehme ich die früher (a. a. O.) von mir vertretene Meinung zurück. Es ist zwar vollkommen wahr, daß die Verpfändung für eine zukünftige Forderung keine Verpfändung unter einer Bedingung ist, sondern die Verleihung einer Macht, welche die zukünftige Forderung zur begriffsmäßigen

4) Wenn bei der Verpfändung der Gegenstand des Pfandrechts noch nicht sogleich bezeichnet wird, so ist auch dieß an und für sich kein Hinderniß, daß nicht das durch die hinterherige Bezeichnung des Gegenstandes wirklich entstehende Pfandrecht von der Zeit der Verpfändung datirt werde. Anders nur, wenn der Verpfänder die Bezeichnung des Gegenstandes sich in dem Sinne vorbehalten hat, um sich einstweilen in Betreff seiner Sachen noch freie Hand zu wahren[9].

5) Pfandrechte, welche an einer Sache bestellt werden, die gegenwärtig noch nicht im Eigenthum des Verpfänders steht, oder gegenwärtig noch gar nicht existirt, haben Rang unter einander nicht von der Zeit an, wo sie durch den Erwerb oder die Entstehung der Sache zur Existenz gelangt sind, so daß sie sich gleich

---

Voraussetzung hat, und daß daher im Zweifel angenommen werden muß, daß der Verpfänder sich durch die Verleihung dieser Macht in keiner andern Weise habe binden wollen, als er obligatorisch gebunden war. Aber wenn nachweislich seine Intention wirklich darauf ging, sich durch die Verpfändung sogleich zu binden, soll man dann seinem Willen alle Wirkung versagen, oder soll man ihm nur obligatorische Wirkung beilegen? Das Erstere wird Niemand wollen; das Letztere ist die eigentliche Frage. Ich sehe nun in der That keinen Grund, dieselbe zu bejahen; wenn die Willenserklärung bindet, und bei der Verleihung eines dinglichen Rechts dinglich bindet, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem äußerlichen Umstande, warum soll nicht auch diejenige in gleicher Weise zu binden im Stande sein, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem innerlichen, d. h. aus dem Begriff des hervorzubringenden Rechtsverhältnisses sich von selbst als nothwendig ergebenden Umstande? Bejaht man aber diese letztere Frage, so hat man Friede mit l. 1 pr. D. h. t., einer Stelle, gegen welche die entgegengesetzte Ansicht nur Nothbehelfe hat (s. darüber Windscheid a. a. O. S. 69 fg., Regelsberger S. 39. 40. Dernburg S. 531—533), und Hülfe für die armen Creditypotheken, welche nun schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzuges suchen. Vgl. Windscheid S. 61 fg., Dernburg I §. 71, Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 210—212, [Goldschmidt Handelsrecht I §. 87 Note 6.] Seuff. Arch. XIII. 113. [132. 138, XXII. 121. Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 77.]

[9] In diesem Sinne ist zu verstehen l. 11 §. 2 D. h. t. „Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est; quod posterius factum est". Anders also nicht bloß dann, wenn die Bezeichnung

stünden, sondern von der Zeit der Bestellung an, so daß das früher bestellte dem später bestellten vorgeht[10].

---

der Sache, an welcher das Pfandrecht entstehen soll, dem Willen des Verpfänders ganz entzogen ist, sondern auch dann, wenn trotz der Freiheit, welche derselbe sich vorbehalten hat, seine Intention darauf ging, daß er in Betreff seiner sämmtlichen möglicherweise zu bezeichnenden Sachen sofort gebunden sein wolle. Vgl. Regelsberger §. 27, Dernburg I S. 193. 194; ungenügend Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 55. Unrichtig ist es, wie allgemein geschieht, die Verpfändung der inducta et illata als Verpfändung unter einer Bedingung zu fassen; der zukünftige Umstand, auf welchen hier die Willenserklärung gestellt ist, entbindet nicht die derselben an und für sich zukommende Wirkung, sondern gibt ihr erst einen Gegenstand.

[10] Das römische Recht nimmt an, daß auch durch eine solche Verpfändung eine sofortige Gebundenheit des Verpfänders eintrete. Freilich ist der hier aufgestellte Satz äußerst bestritten, und namentlich in seiner Anwendung auf die s. g. Generalhypothek, d. h. die Verpfändung des gesammten künftigen Erwerbes, wo der hier betrachtete Fall sich mit dem Falle unter Num. 4 mischt, bildet er noch immer den Gegenstand der lebhaftesten theoretischen Controverse, während die Praxis von jeher an dem Vorzug des früher bestellten Pfandrechts festgehalten hat (vgl. Regelsberger §. 22a, Note a, Holzschuher II §. 125 Nr. 3. b, und Seuff. Arch. XI. 19, XIX. 219). Für mich ist entscheidend Folgendes. Pfandrechte, welche Jemand an einer fremden Sache ohne Hinweis auf sein Nichteigenthum, also als an einer eigenen, bestellt, haben Rang nach l. 9. §. 3 D. h. t. (vgl. auch l. 14 eod.) unbezweifelbar nach der Zeit ihrer Bestellung. Eine solche Pfandbestellung nun ist ungültig, und convalescirt selbst durch den späteren Eigenthumserwerb des Verpfänders nicht geradezu, sondern nur auf einem Umwege (§. 230 Note 8): wenn dennoch Pfandgebundenheit angenommen wird, darf sie geleugnet werden bei einer Verpfändung, welche mit Hinweis auf den künftigen Erwerb der verpfändeten Sache, also gültig, gemacht wird? Diesem Argumente gegenüber muß sich, wie mir scheint, beugen sowohl l. 7 §. 1 D. h. t., wo die Ausnahme gleichzeitiger Verpfändung immer möglich bleibt, als l. 28 D. de I. F. 49. 14, welche für die entgegengesetzte Meinung doch nur indirect beweist, und überdieß in ihrer Lesart bestritten ist. Kein Argument für die hier vertretene Meinung liefert meiner Ansicht nach l. 21 pr. D. h. t., welche Fitting für die eigentliche Beweisstelle hält, kein entscheidendes l. 3 §. 1 eod., in welcher Dernburg ein „völlig bestimmtes Zeugniß" sieht, — dagegen ein nicht leicht zu beseitigendes noch l. 7 pr. C. h. t. und l. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9. Ueber die Literatur s. die Nachweisungen bei Glück XVIII S. 214 fg., Schmidt (von Dresden) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 368, Vangerow I §. 369 Anm. 1, Arndts §. 384 Note 8, Regelsberger §. 22a, und außerdem Regelsberger selbst §. 22—34 und dazu Fitting Rec. S. 87—92, Dernburg I §. 29. 30 und dazu Scheurl Rec. S. 450—452. Diese zu-

§. 243.

Der im Vorstehenden entwickelte Grundsatz gilt in gleicher Weise, wie für vertragsmäßig bestellte, so auch für letztwillig hinterlassene und für richterliche Pfandrechte. Es ist aber in Beziehung auf diese beiden letzteren Klassen der Pfandrechte noch näher anzugeben, welche Thatsachen die der vertragsmäßigen Bestellung entsprechenden, also den Grund für das Pfandrecht legenden, sind. Bei dem letztwillig hinterlassenen Pfandrechte kommt die grundlegende Willenserklärung zur Vollendung durch den Tod des Erblassers[1]. Für das von dem Richter im Theilungsproceß zuerkannte Pfandrecht ist die grundlegende Thatsache das rechtskräftige Theilungsurtheil[2], für das Executionspfandrecht die Pfändung[3], für das

---

letzt genannten neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Scheurl, sämmtlich für die hier vertheidigte Meinung erklärt; für dieselbe sind ferner Brinz S. 299 fg., Arndts a. a. O. — gegen dieselbe Puchta §. 210. g (Vorles. I Beil. XIX), Vangerow I §. 369 Anm. 1, Sintenis I §. 74 Note 12, Keller §. 194 a. E. — Was die l. 7 §. 1 D. h. t. angeht, so hat Schmidt (von Dresden) a. a. O. nachzuweisen gesucht, daß diese Stelle nicht nur nicht gegen die hier vertheidigte Meinung spreche, sondern sogar für dieselbe; er hat damit Brinz und Regelsberger überzeugt, und auf Vangerow wenigstens Eindruck gemacht. So weit ich sehe, beruht die Schmidt'sche Argumentation ganz auf der Annahme, daß im pr. der Stelle unter „antiquior creditor" ein Gläubiger verstanden werde, dessen Pfandrecht zuerst entstanden sei, während doch dieser Ausdruck hier, wie sonst, denjenigen bezeichnet, dem zuerst verpfändet worden ist. Auch in der Wendung, welche Regelsberger dem Schmidt'schen Argument gegeben hat, halte ich dasselbe für in keiner Weise entscheidend. Gegen Schmidt s. Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX. 13. Eine andere besondere Meinuug über l. 7 §. 1 cit. bei Fitting a. a. O. S. 88—90. — In Betreff der res debita vgl. noch Vangerow I §. 372 Anm. 2. b in der 7. Aufl.

§. 243. [1] Das letztwillig hinterlassene Pfandrecht entsteht erst mit dem Antritt der Erbschaft. Uebrigens ist es hier praktisch gleichgültig, ob man das Pfandrecht von seiner Grundlegung datirt, oder von seiner Entstehung. Denn die Frage kann nur die sein, wie sich das Pfandrecht zu den von dem Erben an der Erbschaftssache im Voraus eingeräumten Pfandrechten verhält, und diesen geht es jedenfalls und ganz unabhängig von seinem Datum vor, da der Erbe die Sache nur als pfandbeschwerte erwirbt. Vgl. Regelsberger S. 111, Dernburg I S. 289—291, Scheurl Rec. S. 456.

[2] Das rechtskräftige Theilungsurtheil; — aber das Pfandrecht datirt nicht, wie Regelsberger S. 109 sagt, von der Zeit an, wo das Urtheil

auf der Besitzeinweisung beruhende Pfandrecht die wirkliche Erlangung des Besitzes[4]. Werden jedoch mehrere Personen aus dem nämlichen Grunde eingewiesen, so begründet die frühere Erlangung des Besitzes zwischen ihnen keinen Vorzug[5].

§. 244.

Auch für das Datum der gesetzlichen Pfandrechte ist der in §. 242 angegebene Grundsatz maßgebend. Dieselben datiren nicht erst von der Zeit, wo die mit dem Pfandrechte versehene Forderung wirklich existent geworden ist, sondern bereits von der Zeit, wo zu derselben in einer den Schuldner bindenden Weise der Grund gelegt worden ist[1], und insofern ihnen Sachen unterliegen, welche zur Zeit der Begründung der Forderung noch nicht im Vermögen des Schuldners waren, nicht erst von der Zeit, wo der Schuldner diese Sachen erworben hat, sondern auch in Betreff

---

(durch Versäumniß der Frist zur Einbringung von Rechtsmitteln oder Verzicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln) rechtskräftig geworden ist. Durch wirkliche Einlegung von Rechtsmitteln wird das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben, so daß das Pfandrecht erst von drm höheren Urtheil an, wenn dieses rechtskräftig geworden ist, datiren kann. Vgl. l. 6 §. 1 D. de his qui not. 3. 2, l. 6 §. 8 D. de iniusto 28. 3, l. 1 §. 14 D. ad SC. Turpill. 48. 16. Dernburg II S. 413—414, Wetzell Civilproc. §. 56 Note 102.

[3] L. 10 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 20.

[4] L. 26 §. 1 D. de pign. act. 43. 7, l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54, l. 2 C. h. t.

[5] L. 12 pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5, l. 5 §. 2. 3 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 15 §. 15. 18 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 16 D. de ventr. 37. 9. Dernburg I S. 409. 410, Regelsberger §. 35 Note b.

[1] So datirt namentlich das Pfandrecht am Vermögen des Vormundes §. 244.
nicht erst von der Zeit, wo nach Beendigung der Vormundschaft das Mündelvermögen herausgegeben werden muß, oder von der Zeit, wo durch die Schuld des Vormundes eine Benachtheiligung des Mündels eingetreten ist, sondern sogleich von der Zeit der übertragenen Vormundschaft. Ebenso bei den andern gesetzlichen Pfandrechten, welche bestimmt sind, den Inhaber eines Vermögens gegen den Verwalter desselben zu schützen. L. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 157—159, Vangerow I §. 357 Anm. Nr. 2 a. E., Dernburg I S. 371. 372. Seuff. Arch. XVIII. 214.

ihrer sogleich von der Zeit der Begründung der Forderung[2]. Im Einzelnen ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1) Das Pfandrecht des Vermiethers an dem in das vermiethete Grundstück vom Miether Eingebrachten datirt erst von der Zeit der Einbringung. Der Sinn der gesetzlichen Vorschrift, auf welcher dieses Pfandrecht beruht, ist nicht der, daß der Schuldner in Betreff der noch nicht eingebrachten Sachen irgendwie gebunden sein solle[3].

2) Das Pfandrecht des Vermächtnißnehmers datirt von der Zeit des Todes des Erblassers. Durch den Tod des Erblassers kommt die Vermächtnißverfügung in der Weise zur Vollendung, daß der Beschwerte durch sie gebunden ist[4].

3) Das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen datirt von der Zeit, wo die Steuern fällig geworden sind. Jede Steuerforderung ist eine selbständige Forderung, nicht Ausfluß eines einigen zu Grunde liegenden Verhältnisses[5].

4) Das Pfandrecht der Kinder am Vermögen der Aeltern

---

[2] L. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9; vgl. l. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 109 c. 1. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 207—215, Regelsberger S. 96. 97, Dernburg I S. 250. 251. Das Gesagte gilt auch von dem Pfandrechte des Verpächters an den künftig auf dem verpachteten Grundstück zu ziehenden Früchten; dasselbe datirt von der Zeit des abgeschlossenen Pachtvertrags (a. M. Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 1. b a. E., Dernburg I S. 309 unt.). Es gilt ferner für das Pfandrecht desjenigen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld dargeliehen hat; dasselbe erhält sein Datum sogleich durch den Darlehnsvertrag, nicht erst durch die Wiederherstellung des Gebäudes. Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 123 fg., Dernburg I S. 320; a. M. Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 2.

[3] Dieß geht mit Bestimmtheit daraus hervor, daß auch die ausdrückliche Verpfändung des Eingebrachten nicht anders ausgelegt wird (§. 242 Note 9). Dernburg I S. 304, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 1. a.

[4] Andere Meinungen: 1) das Pfandrecht datire vom dies cedens, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten; 2) es datire von der Zeit des Erbschaftsantrittes, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 152, Regelsberger §. 38, Dernburg I S. 332.

[5] Die Frage ist sehr bestritten; Andere sehen auf die Zeit der Auferlegung, oder der Repartirung, oder unterscheiden zwischen Personal- und Realsteuern. S. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 32 fg., Dernburg I S. 351, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 1. a.

wegen des ihnen in Folge der zweiten Ehe der Aeltern anfallenden Ehegewinnes datirt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht erst von der Zeit, wo der Ehegewinn den Kindern angefallen, sondern bereits von der Zeit, wo er von den Aeltern erworben ist[6].

5) Das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos datirt, wenn die Dos vor Eingehung der Ehe bestellt worden ist, nicht schon von der Bestellung der Dos, sondern erst von der Zeit der Eingehung der Ehe. Vorher war eine Dotalforderung noch gar nicht vorhanden[7].

2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechtes*.

§. 245.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird zuerst dadurch begründet[1], daß jenes durch eine öffentliche Urkunde oder eine Privaturkunde, welche von drei unbescholtenen Zeugen unterschrieben ist[2], dieses nur durch eine einfache Privaturkunde dargethan werden kann[3]. Dieß gilt nicht bloß für vertragsmäßige, sondern auch für alle anderen Arten von Pfandrechten[4]. Dagegen

---

[6] L. 6 §. 2 l. 8 §. 4 C. de sec. nupt. 5. 9. Vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 159 Note 1, Regelsberger §. 10 Note 6.

[7] A. M. Dernburg I S. 391, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 4 a.

* Dernburg II §. 151. Glück XVIII S. 278—303.

[1] Nach einem Gesetze von K. Leo aus dem Jahre 469, l. 11 C. h. t. §. 45.
Dieses Gesetz hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Controversen gegeben; s. das Folgende.

[2] Durch ein instrumentum publicum oder (nach neuerem Sprachgebrauch) durch ein instrumentum quasi publicum. Auf Grund dieser Ausdrücke sagt man auch: pignus publicum und quasi publicum. Vgl. Dernburg II S. 417—419. 425—427. Seuff. Arch. XIX. 220 (dawider Dernburg S. 419).

[3] Wie wenn andere Beweismittel für dasselbe vorliegen? Geht auch dann das öffentliche Pfandrecht vor? Das Gesetz sagt dieß nicht. Es bestimmt überhaupt nicht sowohl über die Bedeutung der durch eine öffentliche Urkunde bewiesenen Pfandrechte, als vielmehr über die Bedeutung der durch eine Privaturkunde bewiesenen. Uebereinstimmend Gesterding Ausbeute II S. 455, Fritz Erläuterungen I. S. 519. 520; a. M. Löhr Arch. f. civ. Pr. XII S. 163—166, Sintenis Pfandr. S. 270 fg. u. Civilr. I §. 80 Note 23.

[4] Weder der Wortlaut des Gesetzes nöthigt zu der erwähnten Beschrän-

wird durch den aufgestellten Satz der Vorzug des privilegiirten Pfandrechts vor dem nicht privilegiirten nicht berührt, und nur dann macht jener Satz sich wieder geltend, wenn bei mehreren gleich privilegiirten Pfandrechten auf das Zeitverhältniß zurückgegriffen werden muß[5].[6]

---

kung, noch führt darauf sein Grund, wie man denselben auch fassen mag (Note 6). Für die hier vertretene Meinung namentlich Löhr Arch. f. civ. Pr. VI S. 158—160 und XII. 9, Fritz Erläuterungen I S. 521—523, Dernburg II S. 422. 423; gegen dieselbe Francke Beiträge I S. 105 fg., Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 112 fg. Pfandr. S. 272 fg. System I §. 80 Note 25, Haimberger Arch. f. civ. Pr. XXI S. 235 fg., Puchta Vorles. I S. 442 (zu §. 212), Brinz S. 344.

[5] Das Gesetz Leo's will nur über den Rang bestimmen, welchen die Pfandrechte kraft ihres Zeitverhältnisses in Anspruch nehmen können, nicht über den Rang, welcher ihnen abgesehen von allem Zeitverhältniß zukommt. Thibaut civ. Abhandl. S. 125—127, Fritz Erläuterungen I S. 518, Vangerow I §. 387 Anm. Nr. 3. A. M. noch in der neueren Zeit Puchta Pand. §. 212. b und Vorl. dazu, Brinz S. 344, Dernburg II S. 423. 424.

[6] Abgesehen von den im Vorstehenden erwähnten einzelnen Fragen ist noch Streit über die Grundauffassung des Gesetzes. Die herrschende Meinung sieht in demselben eine positive Bevorzugung des unzweifelhaften Beweises; nach Andern aber soll dasselbe nur eine Anwendung des Satzes enthalten, daß die disponirende Privaturkunde zwar ihren Inhalt gegen Dritte beweise, aber nicht ihr Datum, und neu in demselben nur die Vorschrift sein, daß das s. g. instrumentum quasi publicum gleiche Kraft habe wie das publicum. Der neueste Vertheidiger dieser letzteren Ansicht ist Vangerow I §. 387 Anm.; gegen dieselbe haben sich erklärt namentlich Löhr Arch. f. civ. Pr. VI S. 150—158, Gesterding Ausbeute II S. 443 fg., Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 110—112. Pfandr. S. 270—272. System I §. 80 Note 23. Die Frage wird schwerlich mit Sicherheit zu erledigen sein. Entscheidet man aber die in Note 3 bezeichnete Streitfrage, wie dort geschehen, so kann die Frage auf sich beruhen bleiben. Denn die praktischen Consequenzen, welche sich aus der von Vangerow vertretenen Ansicht ergeben, sind: 1) daß der Vorrang des öffentlichen Pfandrechts auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, gebrochen werden kann; 2) daß auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, ein Vorrang vor dem nur durch eine Privaturkunde bewiesenen Pfandrecht begründet werden kann. Das erste ist in Note 3 aus andern Gründen angenommen worden; das Zweite wird man annehmen müssen, auch wenn man die Vangerow'sche Grundauffassung des Gesetzes nicht theilt. Denn der Satz, daß Privaturkunden, wenngleich ihren Inhalt (die Disposition), doch nicht ihr Datum (in Betreff dessen sie nur ein Zeugniß enthalten) gegen Dritte beweisen, läßt sich nicht bestreiten. S. Gerau Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 94 fg., Wetzell Civilproc. §. 24 Note 8.

3. Pfandprivilegien*.

§. 246.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird ferner begründet durch die gewissen Pfandrechten ertheilten gesetzlichen Vorzugsrechte. Ein solches Vorzugsrecht hat

1) das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuer-[1] und Contractsforderungen, wegen der letzteren jedoch nur in Betreff des vom Schuldner später erworbenen Vermögens[2];

2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen der Dos[3]. Dieses Vorzugsrecht erstreckt sich auf die Descendenten der Frau, nicht aber auf die übrigen Personen, an welche die Dotalforderung fallen kann[4]. Wegen der späteren Vermehrung der Dos

---

* Sintenis §. 65. 66, Dernburg II §. 152—156. Glück XIX S. 248—315, Vangerow I §. 386.

[1] L. 1 C. si propter publ. pens. 4. 46. Dieses Privilegium wird bezweifelt von Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV S. 384 fg., welcher in der angeführten Stelle nur einen Vorzug der Zeit anerkannt findet; ebenso Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 78 fg. Dagegen Sintenis Pfandr. S. 629, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1 z. A. Vgl. noch Seuff. Arch. III. 13. §. 246.

[2] L. 28 D. de I. F. 49. 14. L. 2 C. de priv. fisci 7. 73 spricht nicht von dem später erworbenen Vermögen, und was l. 21 pr. D. h. t. angeht, so hatte der Fiscus zu der Zeit, wo diese Stelle geschrieben wurde, wegen seiner Contractsforderungen noch nicht einmal ein gesetzliches Pfandrecht, viel weniger ein Pfandprivilegium. Die verschiedenen Ansichten über die l. 28 cit. sind zusammengestellt bei Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1, und in der Abhandlung von Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 7. Letzterer versteht das „contrahere" der l. 28 cit. von einem Kaufe auf Grund eines dem Fiscus zustehenden Executionspfandrechts, welches bis zur Zahlung des Kaufpreises fortdauere. Ich glaube nicht, daß diese Erklärung sich mehr Freunde erwerben wird, als die früheren Versuche, welche zur Beseitigung der Besonderheit in der Entscheidung der l. 28 cit. gemacht worden sind. Vgl. auch Regelsberger §. 28 und Dernburg II §. 153 (welcher unter Benutzung von l. 18 §. 10 D. de I. F. 49. 14 das Privilegium des Fiscus auf das Privilegium wegen versio in rem zurückführt). Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 411, II. 263, XI. 20. 21.

[3] §. 29 I. de act. 4. 6, l. 12 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XI. 22.

[4] L. 12 §. 1 C. h. t., Nov. 91 c. 1. Die Descendenten haben dieses Vorzugsrecht nicht bloß, wie man behauptet hat, wenn sie mit einer zweiten Ehefrau concurriren. S. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2 und die

findet es nur Statt, wenn diese Vermehrung in Grundstücken besteht[5].

3) Ein Vorzugsrecht hat ferner das Pfandrecht, welches Jemandem an einer Sache wegen einer Aufwendung zusteht, welche er für die Verschaffung, Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache gemacht hat[6].

Was das Verhältniß der mehreren Vorzugsrechte zu einander angeht, so nimmt die erste Stelle das des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen ein[7], die zweite das Vorzugsrecht der Dos[8],

---

dort Citirten, Dernburg II S. 446—448. Seuff. Arch. I. 412, II. 267, XIV. 277.

[5] Nov. 97 c. 2. Seuff. Arch. XII. 165, XIX. 103.

[6] S. g. Privilegium wegen versio in rem. L. 5. 6. 7 pr. D. h. t., l. 3 §. 1 eod., l. 7 C. h. t., Nov. 97 c. 3. Fritz Erläuterungen I S. 509—514, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. Im Einzelnen bemerke man: 1) das Vorzugsrecht beschränkt sich nicht auf den Fall eines gegebenen Geldbarlehns, sondern es findet bei jeder Aufwendung statt, so namentlich auch, wenn eine Sache verkauft und das Kaufgeld creditirt wird. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3, Dernburg II S. 430—431. Seuff. Arch. V. 259, VI. 162. 2) Daß das Vorzugsrecht auch stattfinde, wenn eine Aufwendung zur Besserung der Pfandsache gemacht worden ist, ist nicht allgemein anerkannt (s. Sintenis Pfandr. S. 625 Note 2). Aber es folgt sowohl aus den in l. 5 pr. D. h. t. und Nov. 97 c. 3 angeführten Beispielen der Ausrüstung eines Schiffes und der Erbauung eines Hauses, als aus dem Gedanken, auf welchem das ganze Vorzugsrecht beruht; denn dieser ist kein anderer, als daß derjenige vorgehen soll, dessen Geld in der Sache steckt. Vgl. auch Dernburg II S. 433. 3) Eben deßwegen muß man aber das Vorzugsrecht auch wegfallen lassen, wenn das durch die Aufwendung Erzielte jetzt nicht mehr vorhanden ist, z. B. das mit dem Gelde des Gläubigers erbaute oder wiederhergestellte Haus später abgebrannt ist. A. M. Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV S. 371. 4) Das Pfandrecht muß sofort mit der Aufwendung entstanden sein, ob aber durch Vertrag oder durch Gesetz ist gleichgültig. Dernburg II S. 434.

[7] So die herrschende Meinung auf Grund von l. 1 C. si propt. publ. pens. 4. 46: — „potior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt". Andere setzen dieses Privilegium des Fiscus dem Dotalprivilegium, oder auch dem Privilegium wegen Verwendung, nach (vgl. Fritz Erläuterungen I S. 516 in und zu Note 252, Sintenis Pfandr. S. 646). S. dagegen Fritz a. a. O. S. 516. 517, Vangerow a. a. O. Anm. 2, Dernburg II S. 452—453.

[8] Andere setzen es an die erste Stelle (s. die vorige Note), oder erst an die dritte, hinter das Vorzugsrecht wegen Verwendung. Die hier vertretene Meinung stützt sich auf Nov. 97 c. 3, in welcher Justinian allerdings von

die dritte das Vorzugsrecht wegen Verwendung und das Vorzugsrecht des Fiscus wegen seiner Contractsforderungen, so daß diese beiden letzteren Vorzugsrechte gleiche Kraft haben [9]. Zwischen mehreren Vorzugsrechten derselben Art entscheiden Alter und Oeffentlichkeit, mit Ausnahme jedoch der Vorzugsrechte wegen Verwendung, deren Rang unter sich durch das Verhältniß bestimmt wird, nach welchem jeder einzelne Gläubiger zur Verschaffung und dem jetzigen Bestand der Sache beigetragen hat [10].

---

dem Falle, wo eine jüngere Forderung wegen Verwendung mit einer älteren Dotalforderung zusammentrifft, ausgeht, aber seine Entscheidung ganz allgemein dahin trifft, daß das Dotalprivilegium dem Privilegium wegen Verwendung vorgehe. S. namentlich auch c. 4 eod. (In der letzteren Stelle nimmt Justinian nur Einen Fall aus, wenn nämlich Geld zum Ankauf eines käuflichen Amtes [militia] gegeben worden sei. Es muß dahin gestellt bleiben, inwiefern der Fall dieser Ausnahme heutzutage in Deutschland noch vorkommen kann, [vgl. III §. 581 Note 5. §. 610 Note 15.].) Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 2 und die daselbst Citirten, Dernburg II S. 453—455. Der Letztere S. 449. 456 unt. läßt das Vorzugsrecht der Dos auch gegenüber Contractsforderungen des Fiscus ausfallen, auf Grund von l. 2 C. de priv. fisc. 7. 73, welche nicht aus dem Rechte ihrer Zeit erklärt werden dürfe. Seuff. Arch. I. 411, II. 264. 265, XII. 165.

[9] Es liegt in den Quellen nichts vor, weßwegen das eine dem andern vorgezogen werden müßte. Die Meinungen gehen freilich auch hier sehr auseinander. Fritz Erläuterungen I S. 515, Sintenis Pfandr. S. 647. 648, Dernburg II S. 456. 457, vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. VIII S. 21. 22. Die l. 3 C. de primipilo 12. 63 zieht das Pfandrecht des Fiscus am Vermögen des Primipilus nicht dem privilegiirten Dotalpfandrecht vor, sondern dem unprivilegiirten (und nicht gesetzlichen), wie es damals (zur Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian) allein bestand. Uebrigens ist es auch höchst zweifelhaft, ob dem römischen Primipilus irgend einer der heutigen Militärbeamten gleichgestellt werden darf. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 9—11. 25—26, Dernburg II S. 442—443.

[10] L. 7 pr. D. h. t. Die von Manchen (z. B. Sintenis Pfandrecht S. 645, Seuffert Pand. §. 217) aufgestellte Regel, daß hier das jüngere Pfandrecht dem älteren vorgehe, ist principiell unrichtig, obgleich es sich im einzelnen Falle so herausstellen kann. Man vergleiche folgende Beispiele: 1) A. leiht zum Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses 5000; dasselbe brennt neuerdings ab, und nun leiht B. zum Wiederaufbau 5000. Das Haus wird für 5000 verkauft. 2) A. leiht 6000 zum Ankauf eines Hauses; nachdem dasselbe abgebrannt ist, leiht B. 5000 zum Wiederaufbau. Das Haus wird für 5000 verkauft. Im ersten Falle bekommt allerdings B. Alles, im zweiten Fall aber theilt er mit A. nach dem Verhältniß des Werthes der

Die Kraft der Pfandprivilegien erstreckt sich übrigens nicht so weit, daß sie auch solchen Pfandrechten vorgingen, welche von einem früheren Eigenthümer der Pfandsache herrühren[11]. Davon gilt eine Ausnahme nur für das Privilegium desjenigen, welcher eine Aufopferung zur Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Pfandsache gemacht hat[12].

Grundfläche zu dem Werthe des Gebäudes. — Dernburg II S. 456 will die Regel so gestellt wissen: allerdings gehe das jüngere Pfandrecht dem älteren vor, „jedoch nur hinsichtlich der Werthvermehrung, welche dem älteren Hypothekar durch die spätere Hypothek zufloß."

[11] Für den Vorzug erklärte sich früher die herrschende Meinung (man schrieb den Pfandgläubigern, welche ihr Recht von einem früheren Eigenthümer herleiteten, ein Separationsrecht zu, s. g. Pfandseparatisten). Diese Meinung wurde erschüttert und aus der Theorie fast beseitigt durch den Angriff von Thibaut civil. Abhandlungen S. 313. 314 (1814). In gleicher Weise wie Thibaut sprach sich Spangenberg aus, Arch. f. civ. Pr. X. 19 (1827). XIV. 6 (1831) und in Hagemann's prakt. Erörter. VIII Abthl. 2 Nr. 1 (1829); gegen Thibaut Hepp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 3 (1831), welchem Thibaut antwortete Arch. f. civ. Pr. XIV. 10 (1831). Erfolgreich wurde die frühere Meinung wieder in Schutz genommen durch Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV. 15 (1831); demselben folgen mehr oder minder vollständig Sintenis Pfandr. S. 636 fg. und System I S. 660, Arndts S. 608. Brinz S. 345; dawider Seuffert §. 215. Vangerow I §. 385 Anm., zweifelnd Fritz Erläuterungen I S. 526, Puchta §. 211 a. E. Wächter hat auf jeden Fall das große Verdienst, den richtigen Gesichtspunkt zur Lösung der Frage festgestellt zu haben. Es handelt sich hier um die Tragweite von Privilegien, d. h. von Ausnahmebestimmungen. Möglich ist es, daß dieselben einen Vorzug auch vor den Gläubigern des früheren Eigenthümers haben begründen wollen, möglich ist aber auch das Gegentheil. Und man wird nicht bestreiten dürfen, daß das Nächstliegende nicht das Erstere ist, sondern das Letztere. In der That haben denn auch die einzelnen hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nur den Fall im Auge, wo Gläubiger desselben Schuldners mit einander concurriren. Eine Ausdehnung derselben über ihren unmittelbaren Inhalt bedürfte besonderer Rechtfertigung, und diese Rechtfertigung läßt sich m. E. nicht erbringen. So jetzt auch, jedenfalls im Resultat, Dernburg II §. 156. Für die hier vertheidigte Meinung ist auch das Urtheil bei Seuff. Arch. VIII. 114, [XXI. 108]. Ueber eine sich von selbst verstehende Ausnahme s. den Text und die folgende Note. — Als von dem früheren Eigenthümer herrührend dürfen nur nicht auch die s. g. reservirten Pfandrechte angesehen werden. S. §. 230 Note 11 und Vangerow I §. 385. [Seuff. Arch. XVI. 199, XXI. 108 a. E.].

[12] Dieses Privilegium berechtigt den Gläubiger, aus der Sache Dasjenige herauszunehmen, durch dessen Aufwendung bewirkt worden ist, daß die Pfand-

C. Uebergang des Ranges.

§. 247.

Der einem Pfandrechte zustehende Rang kann ohne das Pfandrecht, welchem er zusteht, nicht erworben werden: er bildet eine von dem Pfandrechte unzertrennliche Qualität desselben[1]. Das römische Recht hat aber das Eintreten in eine gewisse Pfandstelle dadurch erleichtert, daß es den Erwerb bestehender Pfandrechte auch in solchen Fällen anerkannt hat, wo er der Regel nach nicht zuläßig gewesen wäre: von diesen Fällen ist in den §§. 233[a] und 233[b] gehandelt worden. — Nicht hierher gehört der Fall, in welchem einem nachstehenden Pfandrechte der Rang eines vorgehenden rechtskräftig zugesprochen wird. Ein solches Urtheil be-

---

sache entweder überhaupt vorhanden ist, oder doch in demjenigen Werthe, welchen sie gegenwärtig hat. Das geht alle Pfandgläubiger an, nicht bloß die Pfandgläubiger, welche ihr Pfandrecht von dem gegenwärtigen Eigenthümer ableiten. Anders verhält es sich mit dem Privilegium dessen, der eine Aufopferung gemacht hat, um die Pfandsache dem gegenwärtigen Eigenthümer zu verschaffen; seine Aufopferung hat eben auch nur die von Diesem herrührenden Pfandrechte möglich gemacht, nicht die von dem früheren Eigenthümer herrührenden, und diese gehen daher seinem Pfandrechte vor. Dieß geben auch diejenigen zu, welche sonst für die Pfandprivilegien einen absoluten Vorzug in Anspruch nehmen (vgl. Vangerow a. a. O. [§. 385]), wie umgekehrt Wächter der hier vertretenen Ausnahme von dem von ihm aufgestellten Satze nicht entgegen ist (die Differenz ist nur die, daß er das Privilegium wegen Verwendung auch da stattfinden läßt, wo das durch die Verwendung Erzielte später wieder weggefallen ist, s. a. a. O. S. 371. 372). S. jetzt auch Dernburg II S. 460, welcher übrigens richtig bemerkt, daß möglicherweise die Aufopferung, welche gemacht wird, um die Pfandsache dem jetzigen Eigenthümer zu verschaffen, doch auch den von dem Rechtsurheber desselben herrührenden Pfandrechten zu Gute kommen kann, und daß in diesem Falle das Pfandrecht der Aufopferung diesen letzteren Pfandrechten allerdings vorgeht.

[1] Verzicht auf den einem Pfandrechte zukommenden Rang zu Gunsten eines andern Pfandgläubigers ist entweder ein rein obligatorisches Geschäft mit diesem Pfandgläubiger, oder Verzicht auf das Pfandrecht selbst gegen gleichzeitige Bestellung eines neuen. Von der letzteren Auffassung geht l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 12 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, von der ersteren l. 21 C. ad SC. Vell. 4. 29 aus. Doch sind die Ansichten hier verschieden. Vgl. Dernburg II §. 158, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 232 fg. §. 247.

wirkt nicht, daß das nachstehende Pfandrecht den Rang des vorgehenden habe, sondern gibt nur dem Proceßsieger das Recht, von dem Besiegten zu verlangen, daß dieser ihn als den vorgehenden Pfandgläubiger anerkenne; Dritte werden davon nicht berührt[2].

---

[2] Wenn also ein dritter Pfandgläubiger dem ersten gegenüber den Sieg davon getragen hat, so muß der erste den dritten als ersten anerkennen; aber deßwegen kann nicht der drite den Vorzug auch vor dem zweiten in Anspruch nehmen, mit Berufung darauf, daß dieser dem von ihm Besiegten nachstehe. Dieß sagt die vielbesprochene l. 16 D. qui pot. 20. 4. Dadurch entsteht nun allerdings ein s. g. circulus inextricabilis: der Dritte hat dem Ersten den Besitz abgestritten; dem Dritten nimmt den Besitz der Zweite; dem Zweiten der Erste; diesem wieder der Dritte u. s. f. Aber dieser circulus kann dadurch abgeschnitten werden, daß der Dritte den Zweiten abfindet, oder sich mit dem Ersten verständigt. „Der Staat hatte . . keinen genügenden Anlaß, die Schwierigkeiten aus den Consequenzen der Rechtssätze . . mit einem Machtspruche zu durchhauen". Krüger processualische Consumtion S. 199. Andere (so namentlich Vangerow I §. 377 Anm. 2) nehmen für den Fall, wo der Dritte als Kläger gesiegt hat, eine wirkliche Succession an, so daß der Dritte auch dem Zweiten gegenüber im Besitzesstreite siege, während im Falle, wo der Dritte als Beklagter gesiegt habe (von welchem Falle die l. 16 cit. allein rede), der Dritte auch dem Ersten gegenüber nicht durchdringe. Eine noch andere Meinung (Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVIII S. 350—358) geht dahin, daß der Dritte auch im Falle, wo er als Kläger gesiegt habe, kein Recht habe, den wieder verlorenen Besitz von dem Ersten zurückzuverlangen (vgl. §. 131 Note 1). Aber die eine und die andere Meinung beruht auf einer Verkennung der richtigen Grundsätze von der exc. rei iudicatae. S. auch Brinz S. 349, Arndts §. 387 Anm., Bachofen S. 317 fg., Dernburg II S. 463. 465, Krüger a. a. O. S. 195 fg. Kommt es zur Vertheilung der Kaufsumme, so ist man zwar sonst darüber einig, daß zuerst der Dritte an Stelle des Ersten für den Betrag von dessen Forderung befriedigt wird, dann der Zweite, dann der Dritte für seine Restforderung, endlich der Erste: neuerdings aber hat Dernburg II S. 469 die Behauptung aufgestellt, daß der Concursrichter unter Hintansetzung der beiden widersprechenden Urtheile von Neuem auf Grund des materiellen Rechts zu erkennen habe. Dernburg's Grund ist: weil der Concursrichter Ordnung unter allen Parteien zu schaffen habe; die Beweiskraft dieses Grundes leuchtet nicht ein. — Gibt es noch andere Fälle relativer Priorität? Dernburg II S. 470—474.

VII. Beendigung des Pfandrechts*.

A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat.

§. 248.

Unter den Beendigungsgründen, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat, sind hier folgende hervorzuheben[1].

1) Erlaß durch den Pfandgläubiger. Derselbe kann sowohl auf Todesfall, als unter Lebenden erklärt werden; im letzten Fall bedarf er, um bindend zu sein, der Acceptation von der Gegenseite[2]. Derselbe kann ferner nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden, so z. B.[3] durch Rückgabe der Pfandsache oder der Pfandurkunde[4], durch Ertheilung der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung[5] oder zur Veräußerung[6] der Pfandsache.

---

* Dig. 20. 6 quibus modus pignus vel hypotheca solvitur. Cod. 8. 31 de luitione pignoris. — Sintenis §. 69. 70, Dernburg II §. 167 —175. Glück XIX S. 410—447. [Goldschmidt Handelsr. I S. 949 fg.]

[1] S. außerdem l. 6 pr. D. h. t. und §. 165. Dernburg II §. 174. Seuff. Arch. XIX. 21. §. 248.

[2] Die Quellen sprechen nur von einem Erlaßvertrag (l. 9 §. 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 8 §. 1—5 D. h. t., l. 2 C. de rem pign. 8. 26), und in l. 7 §. 2 l. 8 §. 2 D. h. t. wird die Frage aufgeworfen, ob der einem procurator des Schuldners gewährte Erlaß dem Letzteren zu Gute komme. Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 392 u. Erläuterungen I S. 543—545, Sintenis Pfandr. S. 671, Vangerow 1 §. 127 Anm. (dieser Letztere mit Berufung darauf, daß das Pfandrecht eine obligatio rei sei). A. M. Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 237—243, Bremer (§. 227 Note 7) S. 145 fg. Zur Acceptation des Verzichts hält Dernburg II S. 546 außer dem Eigenthümer auch den Verpfänder (wenn das Eigenthum später in andere Hände übergegangen ist) für befugt; dagegen gewiß mit Recht Bremer a. a. O.

[3] Vgl. noch l. 5 §. 2 l. 6 §. 2 l. 14 D. h. t. Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 42—47, Dernburg II S. 548 fg.

[4] L 9. 7 C. de rem. pign. 8. 26, l. 3 D. de pign. act. 13. 7. Die Rückgabe der Pfandsache und der Pfandurkunde hat aber natürlich nicht nothwendig diesen Sinn. Vgl. Seuff. Arch. V. 307.

[5] Denn an und für sich ist ja die Erlaubniß des Eigenthümers zur weiteren Verpfändung nicht erforderlich. Doch kann in der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung möglicherweise auch nur der Ausdruck des Willens liegen, daß der Eigenthümer ein durch das Pfandrecht des Einwilligenden nicht beeinträchtigtes

2) Untergang der Pfandsache[7]. Ist der Untergang kein vollständiger, so dauert das Pfandrecht an Demjenigen fort, was von der Pfandsache übrig bleibt[8]. Dahin gehört auch, daß das Pfandrecht die Ersatzforderung ergreift, welche dem Eigenthümer durch den Untergang der Pfandsache erwächst[9]. Wird der Gegenstand zu einer Sache anderer Art verarbeitet, so ist zu unterscheiden, ob die neue Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann oder nicht; im ersten Fall dauert das Pfandrecht fort, im

---

Pfandrecht an der Sache solle verleihen dürfen, so daß der Einwilligende sein Pfandrecht nicht sowohl verliert, als mit demselben nur hinter das neu bestellte zurücktritt. L. 9 §. 1 l. 11 l. 12 pr. D. h. t., l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4. Vgl. Glück XIX S. 421 fg., Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 33—36, Sintenis Pfandr. S. 673, Vangerow I §. 392 Anm. Nr. 2. Seuff. Arch. IX. 13, [XVI. 17, XXI. 218].

[6] Der Grund für die Annahme des Erlaßwillens ist in diesem Falle der gleiche, wie in dem zuvor erwähnten. Dieser Fall hat in den Quellen eine reiche casuistische Entwickelung gefunden. L. 4 §. 1. 2 l. 7 pr. §. 1 l. 8 §. 6 — 18 l. 10 pr. D. h. t., l. 158 D. de R. I. 50. 17, l. 2. 11 C. de rem pign. 8. 26. Glück XIX S. 421. fg., Vermehren a. a. O. S. 29—33, Bachofen S. 572—578, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 119—122, Brinz S. 356, Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 129—130, Dernburg II S. 552—553. 554 fg. Seuff. Arch. XVI. 17. Stillschweigen zur Veräußerung: l. 8 §. 15 D. h. t., l. 1. 6. 8 C. de rem pign. 8. 26. Dernburg II S. 550—552. Seuff. Arch. XVIII. 215.

[7] L. 8 pr. D. h. t. „Sicut re corporali exstincta, ita et usufructu exstincto pignus hypothecave perit".

[8] So dauert das am Gebäude stattfindende Pfandrecht, wenn das Gebäude abbrennt, am Bauplatz fort. L. 21. D. de pign. act. 13. 7, l. 29 §. 2 l. 35 D. de pign. 20. 1.

[9] Denn das Pfandrecht ist gerichtet auf Aneignung des Werthes des Pfandgegenstandes; so muß auch dem Pfandrechte unterworfen bleiben, was von dem Werthe des Pfandgegenstandes übrig bleibt. Einen directen Beweis für den aufgestellten Satz gewährt l. 17 D. de R. V. 6. 1, nach welcher Stelle der mit der Eigenthumsklage Belangte auch den durch die Beschädigung der besessenen Sache ihm erworbenen Entschädigungsanspruch herausgeben muß; gilt dieß für die rei vindicatio, so gilt es nicht minder für die actio hypothecaria (§. 235). Hiernach halte ich es für unzweifelhaft, daß das Pfandrecht sich auch auf die für die untergegangene Sache zu zahlende Versicherungssumme (die Forderung auf die Versicherungssumme) erstreckt. Lippmann Jahrb. f. Dogm. VII S. 29; a. M. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 201—212, Dernburg II S. 565 fg.; vgl. auch Mommsen Erörterungen I S. 116—123, Kuntze zu Holzschuher II §. 125 Nr. 17.

zweiten geht es unter[10]. — Ist der Pfandgegenstand ein Recht an einer fremden Sache, so geht das Pfandrecht nicht dadurch unter, daß dieses Recht an den Eigenthümer zurückübertragen wird oder durch Erbgang an den Eigenthümer zurückfällt, oder daß der Inhaber des Rechts das Eigenthum erwirbt[11]. In gleicher Weise erlischt das Pfandrecht an einer Forderung nicht dadurch, daß der Gläubiger den Schuldner beerbt, oder umgekehrt dieser jenen[12]. Wird das verpfändete Forderungsrecht befriedigt, so ergreift das Pfandrecht den geleisteten Gegenstand[13].

3) Verjährung[14]. Das Pfandrecht geht nicht unter durch

[10] L. 18 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 560 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 331 nimmt Untergang des Pfandrechts auch für den Fall an, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, s. dagegen §. 187 Note 2. Umgekehrt läßt Bremer (§. 227 Note 7) S. 166 bei Specification durch den Eigenthümer selbst das Pfandrecht auch in dem Falle fortdauern, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt nicht zurückgebracht werden kann (genauer: an die Stelle des untergegangenen Pfandrechts ein neues treten). Aber der Eigenthümer bekommt ja das Eigenthum an der neuen Sache nicht auf Grund seines Eigenthums an der alten, sondern auf Grund seiner Arbeit. — Daß die bloße Umgestaltung einer unbeweglichen Sache das Pfandrecht nicht aufhebe, sagt ausdrücklich l. 16 § 2 D. de pign. 20. 1 (s. über diese Stelle Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. S. 104).

[11] Genauer: das verpfändete Recht, während es sonst untergeht, dauert für das Pfandrecht fort. S. das §. 205 Note 4 a. E. Gesagte und vgl. §. 219 Note 8. Die in Note 7 citirte Stelle sieht auf den nächstliegenden Fall, wo der Nießbrauch durch den Tod des Berechtigten untergeht. Bremer (§. 227 Note 7) S. 152 fg. 167 fg. 185 nimmt an, daß sich das Pfandrecht in diesem Falle in ein neues Pfandrecht verwandele, dessen Inhalt die Befugniß zur Begründung eines mit dem untergegangenen Rechte übereinstimmenden Rechts bilde (§. 227 a. E.).

[12] Genauer: der Pfandgläubiger hat die Macht, von dem früheren Schuldner (bez. seinem Erben) eine Leistung, wie sie kraft der verpfändeten Obligation gefordert werden konnte, kraft seines Pfandrechts einzutreiben; für das Pfandrecht dauert die Obligation fort. „Remanet propter pignus naturalis obligatio“ könnte man auch hier sagen, freilich in einem ganz anderen Sinn, als in welchem l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36 1 diesen Ausspruch wirklich thut. Dernburg I S. 474. II S. 559 Note 2. A. M. Bremer a. a. O. S. 156. 168.

[13] S. §. 239 Note 12.

[14] Unterholzner Verjährungslehre II §. 249. Schmitthenner Arch. f. prakt. RW. I. 6 (1852). Dernburg II §. 175.

bloßen Nichtgebrauch[15], und ebensowenig geht es unter durch die Ersitzung des Eigenthums der verpfändeten Sache[16]; sondern es geht nur unter durch eine gegen das Pfandrecht gerichtete Ersitzung der Freiheit[17]. Dieselbe hat die gleichen Erfordernisse, wie die Eigenthumsersitzung[18]; nur muß zu dem guten Glauben in Betreff der Sache guter Glaube in Betreff des Pfandrechts

---

[15] Durch Nichtgebrauch geht nur der Pfandanspruch unter (§. 235 Note 27). Die Meinung Büchel's (civilr. Erörterungen I. 2 S. 97. 141. 145 fg.), daß mit der Verjährung der actio hypothecaria gegen den Verpfänder auch das Pfandrecht selbst erloschen sei, ist eine Consequenz seiner Auffassung des Pfandrechts als eines Forderungsrechts (§. 224 Note 8). Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 267 und Schirmer das. Note ***.

[16] L. 44 §. 5 D. de usurp. 41. 3, l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 7 C. de pign. 8. 14.

[17] Von derselben handeln l. 5 §. 1 l. 12 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 7. 14 C. de O. et A. 4. 10, l. 1. 2 C. si adv. cred. 7. 36, l. 8 pr. §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39. Die Meinung, daß es eine besondere Ersitzung der Pfandfreiheit gebe, ist besonders von Schmitthenner a. a. O. vertheidigt worden. Abweichende Meinungen: 1) es gebe nur eine Verjährung der actio hypothecaria, mit oder ohne Einwirkung auf das Recht; 2) das Pfandrecht gehe nach neuestem Rechte durch Ersitzung des Eigenthums unter. Vgl. Schirmer a. a. O. Note ***, Schmitthenner S. 93—94. — Die Meinung, daß es nur eine Verjährung der Pfandklage gebe, ist neuerdings wieder vertheidigt worden von Schmid die Grundlehren der Cession I S. 105—106 Note 95 (1863), ferner von Dernburg II S. 596 fg., welchem folgt Wächter das Superficiar- oder Platzrecht S. 112 fg. Diese Schriftsteller verkennen aber, wie mir scheint, den Einfluß der l. 8 C. cit. Nach derselben ist, wie sich durch einen nicht abzuweisenden Schluß a contrario aus §. 1 ergibt, wenn die Pfandsache 10 oder 20 bez. 30 oder 40 Jahre in gutem Glauben besessen worden ist, die Pfandklage auch gegen den dritten Besitzer ausgeschlossen, welcher nicht Rechtsnachfolger des Besitzers in gutem Glauben ist. Zur Erklärung dieses Satzes reichen die Grundsätze von der Klagenverjährung nicht mehr aus. Gegen Dernburg auch Arndts §. 390 Anm. 2, dessen Widerlegung ich aber nicht für zutreffend halte.

[18] Sie wird in den Quellen bezeichnet als longi temporis praescriptio. Daß wirklicher Eigenthumserwerb der Ersitzung der Pfandfreiheit nicht hinderlich ist, versteht sich von selbst. Ist der Besitzer nicht Eigenthümer, so kann möglicherweise die Ersitzung der Pfandfreiheit vollendet werden vor Ersitzung des Eigenthums oder umgekehrt (— verschiedener Beginn der einen und der anderen Ersitzung; verschiedener Wohnort des Eigenthümers und des Pfandgläubigers; der Gegenstand des Pfandrechts eine bewegliche Sache; der Pfandgläubiger eine in Betreff der Verjährung privilegirte Person).

d. h. Nichtkennen desselben hinzukommen[19], und der Besitz muß bei der ordentlichen Ersitzung[20] ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zehn Jahre unter Anwesenden, zwanzig unter Abwesenden gedauert haben[21]; außerdem ist diese Ersitzung dem Schuldner (Verpfänder) selbst und seinen Erben verschlossen[22]. Die Wirkung dieser Ersitzung ist directer Untergang des Pfandrechts, nicht bloß Begründung einer Einrede gegen den Pfandanspruch[23].[24]

4) Zusammenkommen von Eigenthum und Pfandrecht in derselben Person (Confusion). Ein Recht, sich aus seiner eigenen Sache zu befriedigen, hat keinen Sinn, und so geht das Pfandrecht unter, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum erwirbt, oder der Eigenthümer das Pfandrecht[25]. Aber es hat guten Sinn, daß Andere sich aus unserer Sache nur in der Weise befriedigen können, daß ein bestimmter Theil ihres Werthes uns gelassen werden muß. In diesem Sinne wird in den Quellen ein Pfandrecht auch an der eigenen Sache anerkannt[26], wenn es

---

[19] Dieß folgt aus der Richtung der Ersitzung.

[20] Von der außerordentlichen Ersitzung handelt l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39.

[21] Die longi temporis praescriptio macht keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

[22] L. 1. 2 C. si adv. cred. 7. 36. Vgl. übrigens l. 5 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[23] S. Note 17. Uebrigens führt die Meinung, welche bloß Begründung einer Einrede annimmt, zu keinem praktisch verschiedenen Resultat. Denn zwischen dem Pfandgläubiger und demjenigen, der die Verjährung vollendet hat, bez. ihren Rechtsnachfolgern, leistet die Einrede das Gleiche, was durch Berufung auf den Untergang des Pfandrechts erreicht werden könnte. Dem dritten Besitzer, welcher nicht Rechtsnachfolger des Vollenders der Verjährung ist, steht allerdings die Einrede nicht zur Seite; aber wenn diesem auf Grund des fortbestehenden Pfandrechts die Sache vom Pfandgläubiger genommen wird, so tritt gegen den Pfandgläubiger der Vollender der Verjährung mit der rei vindicatio oder Publiciana auf, und schlägt dessen Einrede des Pfandrechts mit der Gegeneinrede der Verjährung.

[24] Ueber andere hier nicht erwähnte Fragen s. Schmitthenner S. 105—107, Dernburg II S. 599 fg., Seuffert §. 221 Note 5, auch Vangerow I §. 324 Anm. Seuff. Arch. XII. 11.

[25] L. 30 §. 1 i. f. D. de exc. rei iud. 44. 2, vgl. l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 33 §. 5 D. de usurp. 41. 3, l. 45 D. de R. I. 50. 17.

[26] L. 30 §. 1 D. cit. — „In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio acquisito: neque

ein vorgehender Gläubiger ist, in dessen Hand sich Pfandrecht und Eigenthum vereinigen[27]. Ein solches Pfandrecht gewährt nicht die Befugniß, sich einen bestimmten Theil des Vermögenswerthes der Pfandsache anzueignen, sondern nur die Befugniß, Andere an der Aneignung ihres Vermögenswerthes zu verhindern; seine vor-

---

enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoraticia competit: verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse". Der letzte Satz negirt den in dem vorigen aufgestellten Zweifelsgrund mit Berufung auf die Formel der hypothekarischen Klage. Es wäre sehr unrömisch (obgleich selbst die Basiliken es thun), wenn man aus dieser Stelle den Satz herleiten wollte, daß zwar das Pfandrecht untergehe, aber die Pfandklage fortdauere. — Vgl. über dieses Verhältniß und die verschiedenen Wendungen, in denen man sich dasselbe zurechtzulegen gesucht hat: Wening-Ingenheim Arch. f. civ. Pr. VI. 5 (1823), Francke civilist. Abhandlungen S. 107—125 (1826), Geduld v. Jungenfeld über das Pfandrecht an eigener Sache (Gießen 1827), Büchel civil. Erörterungen I. 2 S. 85 fg. (1833), Fritz Erläuterungen I S. 545—547 (1833), Sintenis pfandr. Streitfragen Nr. 2 (1835) und Pfandrecht §. 17 (1836), Bachofen S. 85 fg. (dazu Keller Rec. S. 989 fg.), Vangerow I §. 392 Anm. Nr. 3, Brinz S. 302, Arndts §. 389 Anm., Dernburg II §. 171. Genannt werden muß hier auch die treffliche Schrift von von der Hagen die Hypothek des Eigenthümers (Arnsberg 1836), obgleich dieselbe sich fast ausschließlich mit dem preußischen Rechte beschäftigt, und wo sie des römischen gedenkt (S. 238 fg.), demselben nicht gerecht wird. [F. P. Bremer Hypothek und Grundschuld S. 46 fg.]

[27] Dieß kann noch in verschiedener Weise geschehen: a) der vorgehende Gläubiger erwirbt das Eigenthum, l. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 1 C. si antiq. cred. 8. 20; b) der Eigenthümer erwirbt ein vorgehendes Pfandrecht, z. B. l. 19 D. qui pot. 20. 4; c) Jemand erwirbt Eigenthum und ein vorgehendes Pfandrecht zu gleicher Zeit, l. 17 D. qui pot. 20. 4, l. 3 C. de his qui in prior. 8. 19, l. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (§. 233[b] Note 10). Nicht hierher gehören l. 5 §. 1 l. 6 D. de distr. pign. 20. 5; der in diesen Stellen erwähnte Verkauf ist gar nicht in der Absicht gemacht, Eigenthum zu übertragen; die Parteien haben von Verkauf des „Pfandes" geredet, aber ihre Absicht war nicht auf Uebertragung der Pfandsache (des Eigenthums an derselben), sondern auf Uebertragung des Pfandrechts gerichtet. L. 6 cit. „Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intellegitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest". Vgl. §. 237 Note 14 g. E. Puchta (Pand. §. 202. 1 und Vorl. dazu) ist mit Unrecht der Meinung, daß auch in den oben genannten Fällen der Eigenthumserwerb nur ein scheinbarer sei, so daß ein Pfandverhältniß an eigener Sache in den Quellen überhaupt nicht anerkannt sei. S. dagegen Arndts §. 389 Anm. a. E. — Der Zug des modernen Rechts geht dahin, die eingetragene Hypothek von dem Zu-

wiegende Bedeutung ist eine negative, keine positive[28]. Geht es aber auf einen Nichteigenthümer über[29], so wird es wieder zu einem Pfandrechte gewöhnlicher Art. Nur dann schließt die Vereinigung von Pfandrecht und Eigenthum in derselben Hand auch bei Vorhandensein von nachstehenden Pfandgläubigern das Pfandrecht aus, wenn in dem Vorgange, durch welchen sich die Vereinigung vollzogen hat, ein Verzicht auf das Pfandrecht gefunden werden muß[30]. — Das hier Gesagte gilt in gleicher Weise für das Pfandrecht an Rechten, wenn Pfandrecht und verpfändetes Recht in derselben Hand zusammenkommen[31].

B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrechte eigenthümlich sind.

§. 249.

1) Untergang der Forderung. Das Pfandrecht als ein zur Sicherheit einer Forderung bestimmtes Recht verliert mit der Forderung die Grundlage seiner Existenz, und geht daher mit

---

sammenkommen mit dem Eigenthum überhaupt unabhängig zu machen. Vgl. die oben citirte Schrift von von der Hagen, ferner Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 54—55. 61 fg. 364 fg., Bekker die Reform des Hypothekenwesens S. 76. 77.

[28] L. 17 D. qui pot. 20. 4: — „eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit". L. 3 C. de his qui in prior. 8. 19: — „in ius eorum successisti, et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes." L. 1 C. si antiq. cred. 8. 20: — „sed ita persequens res obligatas audieris, si . . obtuleris". L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: — „emtori poterit offerri . . ". Hat der Eigenthümer den Besitz der Sache verloren, so verschafft er sich denselben zurück durch Geltendmachung des Eigenthumsanspruchs; ist der Besitzer ein nachstehender Pfandgläubiger, so schlägt er dessen Berufung auf sein Pfandrecht durch die Gegeneinrede des besseren Pfandrechts. Doch kann er sich dem nachstehenden Gläubiger gegenüber auch direct auf sein Pfandrecht berufen, l. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2 (Note 26).

[29] L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: „emtori poterit offerri".

[30] L. 9 pr. D. h. t. Die Behauptung, daß ein solcher Verzicht immer angenommen werden müsse, wenn Jemand wissentlich Pfandrecht und Eigenthum in seiner Hand zusammenbringe, geht zu weit. Vgl. über diese Frage Francke a. a. O. S. 122, Sintenis Pfandr. S. 113, Vangerow I §. 392 Anm., Puchta Vorles. I S. 426 und dazu die Anm. von Rudorff, Arndts §. 389 Anm., Dernburg II S. 573.

[31] Vgl. Bremer (§. 227 Note 7) S. 146. 147.

dem Untergang der Forderung selbst unter[1], wobei es gleichgültig ist, ob die Forderung direct ausgeschlossen ist, oder nur durch Hülfe einer Einrede[2]. Es ist jedoch bereits oben (§. 225 Num. 2) bemerkt worden, daß das römische Recht diesen Satz nicht mit ausnahmsloser Strenge durchgeführt hat[3], daß es in einzelnen Fällen Fortbestand des Pfandrechts auch nach Untergang seiner Forderung anerkannt hat, wenngleich es sich die Sache theoretisch dadurch zurechtzulegen geneigt ist, daß es Fortbestand der Forderung ad hoc annimmt[4]. Die einzelnen Fälle, in welchen das römische Recht in dieser Weise das Pfandrecht seine Forderung überdauern läßt[5], weisen auf ein Princip nicht hin[6]. Das zwar

---

§. 249. [1] L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 9 §. 3 l. 11 §. 1. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 6 pr. D. h. t., l. 3 C. h. t. 8. 31, l. 19 C. de usur. 4. 32, l. 49 D. de sol. 46. 3 (vgl. zu dieser letzten Stelle Keller Rec. 986—987).

[2] L. 5 pr. l. 13 D. h. t. Nur muß die Forderung ihrem ganzen Inhalte und ihrem ganzen Umfang nach untergegangen sein. Ihrem ganzen Inhalt nach: es muß nicht eine natürliche Verbindlichkeit übrig geblieben sein (§. 225 Note 11). Ihrem ganzen Umfange nach: die Tilgung muß sich auf den ganzen Leistungsgegenstand bezogen haben §. 226).

[3] Vgl. über das Folgende Francke civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1826), Büchel civilrechtl. Erörterungen I S. 40—61 und zw. Aufl. I S. 114—117 (1833. 1847), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 417—424 (1860), Schwanert die Naturobligationen S. 395 fg. (1861), Dernburg II S. 576 fg.

[4] In diesem Sinne heißt es in l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio“. Diese naturalis obligatio hat keine andere Bedeutung, als eben die, dem als fortdauernd angenommenen Pfandrecht zur Grundlage zu dienen; in jeder anderen Beziehung ist sie gleich einer Nichtobligation.

[5] Abgesehen von den Fällen der s. g. hypothekarischen Succession (§. 233[b]) gehören hierher die in folgenden Stellen enthaltenen Fälle: a) l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1; b) l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1; c) l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; d) l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3; e) l. 3. 7 C. de praescr. XXX 7. 39, cf. l. 2 C. h. t. (§. 112 Note 5). Nicht gehört hierher auch der Fall der l. 30 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, in welchem Fortdauer einer wirklichen naturalis obligatio anzunehmen ist, vgl. l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 8 und Schwanert a. a. O. S. 434—436; ob das Gleiche von l. 27 D. de pign. 20. 1 zu sagen ist, bleibt zweifelhaft.

[6] In dem Falle unter a) wird Untergang der Obligation aus einem rein formalen Grunde angenommen (vgl. §. 129 Note 4); in den Fällen unter b) und c) ist es theoretische Bequemlichkeit, daß man sich ohne Forderung be-

läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß das Pfandrecht nicht fortdauern kann, wenn der Gläubiger in einer oder der anderen Weise befriedigt worden ist; aber es darf nicht auch der umgekehrte Satz aufgestellt werden, daß es immer fortdauere, wenn die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist [7]. Von der anderen Seite ist ein Hinausgehen über die in den Quellen genannten Fälle, wo ein genügender Anhalt dafür vorliegt, nicht ausgeschlossen [8]. — Daß das moderne Hypothekenrecht die inscribirte Hypothek für unabhänig von jedem Schicksal der Forderung erklärt, ist gleichfalls oben (§. 225 a. E.) bereits bemerkt worden.

---

hilft, wo dieselbe materiell begründet ist, und durch eine einfache Operation auch theoretisch herzustellen wäre (vgl. l. 8 C. ad SC. Vell. 4. 29); in dem Falle unter d) wird das Pfandrecht der Bürgschaftsobligation aufrecht erhalten, nachdem der Bürge mit dem Hauptschuldner zusammengefallen ist; der Fall unter e) ist der der Aufhebung der Pfandforderung durch Verjährung.

[7] Die Versuchung dazu liegt nahe, weil die römischen Juristen, wo sie ein Pfandrecht ohne Forderung anerkennen, es lieben, sich auf die Worte der Formel der actio hypothecaria zu berufen: „eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse“. Aber dann müßte man z. B. auch in dem Falle Fortdauer des Pfandrechts anerkennen, wo der Schuldner durch eine ohne seine Schuld eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung befreit worden ist. So mit Recht Arndts §. 391 Anm., Dernburg II S. 578. 579.

[8] Für sicher halte ich die Fortdauer des Pfandrechts in dem Falle, wo die Unmöglichkeit der Erfüllung durch die Arglist des Eigenthümers der Pfandsache herbeigeführt worden ist, nach l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 95 §. 1 D. de sol 46. 3. Schwanert a. a. O. S. 401; a. M. Dernburg II S. 582. Aber dauert das Pfandrecht auch fort bei Erlöschung der Forderung durch Confusion, wenn der Pfandeigenthümer ein anderer ist, als der Schuldner, oder auch bei Identität von Schuldner und Pfandeigenthümer, wenn Nachhypotheken auf der Sache liegen? Beide Fragen bejaht Schwanert S. 404; dawider Dernburg II S. 589 fg. Ein sicherer Fall aus dem römischen Recht wäre noch unbeerbter Tod eines filiusfamilias, vgl. l. 1 §. 14 D. dep. 16. 3, l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 11 D. de fidei. 46. 1. Schwanert S. 401. 402; a. M. Dernburg II S. 579 Anm. 12. — Arndts §. 391 stellt die Regel auf, daß das Pfandrecht fortdauere, so oft trotz der Aufhebung der Forderungsklage noch ein Rechtsanspruch des Gläubigers bestehen bleibe. Ich fürchte, diese Regel führt uns ebenso wenig weiter, als die von Bekker a. a. O. S. 423 aufgestellte, daß das Pfandrecht in allen Fällen fortdauere, wo der Erlöschungsgrund der Obligation nicht auch einen Erlöschungsgrund des Pfandrechts in sich trage.

2) Verkauf der Pfandsache[9]. In dem Verkauf erreicht das Pfandrecht seine Erfüllung, und damit sein Ende; der Käufer erwirbt die Pfandsache unbeschwert mit dem Pfandrechte, kraft dessen sie ihm verkauft worden ist[10]. Zugleich aber gehen durch den Verkauf der Pfandsache auch alle nachstehenden Pfandrechte unter, welche auf der Pfandsache lagen[11]; dieselben konnten der Befugniß des vorgehenden Gläubigers, das Eigenthum an der Pfandsache als an einer von diesen Pfandrechten freien zu übertragen, keinen Eintrag thun[12]. In dem einen und dem anderen Fall hat aber der Verkauf die bezeichnete Wirkung auch nur dann, wenn durch denselben der Käufer wirklich zum Eigenthümer gemacht worden ist[13]. Wird ferner der Verkauf wieder aufgehoben, so lebt auch das Pfandrecht wieder auf[14].

3) Nach einer singulären Vorschrift des römischen Rechts geht das Pfandrecht auch dadurch unter, daß der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, die Pfandsache zur Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer verkauft[15].

---

[9] Bachofen S. 571—582, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII. 4 (1849), Dernburg II §. 115.

[10] L. 15 C. de distr. pign. 8. 28. Bachofen S. 571 fg. hat die Meinung auszuführen gesucht, daß der Verkauf das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers nicht durch sich selbst beendige, sondern nur kraft eines in demselben liegenden Verzichtes, und also nur dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern gegenüber. Diese Meinung, welcher sich Vangerow I §. 380 Anm. Nr. I angeschlossen hat, wird durch die dafür angeführte l. 4 §. 1 D. h. t. nicht bewiesen. Nach der offenbar richtigen Erklärung Dernburg's II S. 226 spricht diese Stelle nicht von einem Pfandverkauf, sondern von einem Verkauf im Auftrage des Schuldners.

[11] L. 6 C. qui pot. 8. 18, l. 1 C. si antiq. cred. 8. 20, l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10.

[12] Auch für diesen Fall wird von den erwähnten Schriftstellern Untergang nur ope exceptionis behauptet, und für diesen Fall stimmt denselben auch Dernburg II S. 227. 228 zu.

[13] Daher l. 13 D. de distr. pign. 20. 5. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, *ius suum cedere* debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem“. Der Ausführung dieses Satzes ist der in Note 9 erwähnte Aufsatz von Platner gewidmet. A. M. Brinz S. 357.

[14] Arg. l. 10 §. 1 D. h. t.

[15] L. 8. §. 8 C. de iure del. 6. 30. Dernburg II S. 594.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Leipzig. Bär & Hermann.

Windscheid, Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts

Bd.: 1

Düsseldorf 1870